Archiv
für die
civilistische Praxis.

IX.

Ueber die Compensation und ihre Liquidität.

Von Herrn Professor Hasse zu Bonn.

Von dem hier aufgestellten Gegenstande ist schon mehrmals in dieser Zeitschrift (B. II. S. 215. rc. B. III. S. 195. rc.) die Rede gewesen. Bei der Gelegenheit sind mehrere interessante Punkte zur Sprache gekommen; die Practiker, welche sich der Sache dermalen angenommen hatten, sind nicht zur Einigkeit gelangt, weder unter sich noch mit andern Practikern von entschiedenem Ruf, welche an andern Orten über diese Dinge sich hatten vernehmen lassen; es würde sehr unbillig seyn, wenn man die Ursache so unheilbaren Zwiespalts in dem Zustande der Praxis suchen wollte, gewiß muß die Theorie, wie sie dort benutzt werden konnte, wenigstens einen Theil dieser Schuld auf sich nehmen: mithin muß es als wahres Bedürfniß erscheinen die ganze Sache noch einmal einer neuen und sorgfältigen Prüfung zu unterwerfen.

Ueber die Frage, ob zur Einrede der Compensation Liquidität erforderlich sey oder nicht, ist bekanntlich schon frühe gestritten worden, Cujaz und Donell stehen sich schon als Häupter entgegengesetzter Parteien gegenüber. Der erstere [1]) behauptet unbedingt das Erforderniß der Liquidität,

1) Cujacii observat. VIII. 16. pr. fin. X. 12. in f.

nicht bloß für des neueste, sondern auch durchaus für das alte Recht. Der letztere [2]) dagegen stellt die Meinung auf, nach altem Recht sey Liquidität gar nicht erforderlich gewesen [3]). Nach neuestem römischen Recht unterscheidet er schon, ob der Beklagte schon gleich convictus war, oder die Compensation nicht zu ordentlicher Zeit entgegengesetzt hatte, dann soll Liquidität nöthig seyn: opponirte er dagegen die Compensation gleich bey der Litis contestatio, ohne convictus zu seyn, so soll nun, nach seiner Meinung, Illiquidität nichts ausmachen. Die Meinung des Donellus hat im allgemeinen bei den Theoretikern und Practikern den mehrsten Beifall gefunden, und es hat sich hier umgekehrt wie bey der Culpa gemacht.

Wir finden diese Theorie nur in wenig veränderter Form, etwas anders vielleicht gestaltet in Beziehung auf den heutigen Proceß, und mit einigen Nebenausführungen, in unsern neuern Systemen, Handbüchern, Commentaren und Abhandlungen wieder, wie man sich leicht überzeugen kann, wenn man nur in allen bekannten Büchern nachsehen will. Einige Stimmen haben sich wohl einmal dagegen hören lassen, aber ohne durchzudringen, und ohne die entgegengesetzte Meinung fester zu begründen, als Cujaz es schon gethan hatte. So, darf man wohl sagen, rückte die Theorie seit dem 16ten Jahrhundert hier um keinen bedeutenden Schritt weiter. Das könnte nun aber auch gar nicht getadelt werden, wenn nur in dem, was Donell aufgestellt hatte, das Wesen der Sache durchaus richtig aufgefaßt und entwickelt wäre, so daß der Praxis zugemuthet werden könnte, dieß nur mit dem rechten Sinne immer und allemal anzuwenden. Denn es ist nur die Weise effect-süchtiger und meistens talentloser Schriftsteller sich da noch auszeichnen zu wollen, wo das Beste schon gethan ist, eine Weise, die bei

---

2) Donelli Comm. ad Cod. h. t.

3) ad L. ult. ibid.

durchweg reelleren Bestrebungen nie allgemeinen Beifall finden wird. Aber in unserm Fall ist es schwer zu glauben, daß die Sache im Wesentlichen schon abgeschlossen sey.

Sieht man nämlich auf das Schicksal der Praxis in dieser Hinsicht, so behalf sie sich wohl mit dem Axiom: im ordentlichen Proceß, wenn zu rechter Zeit die Einrede der Compensation vorgeschützt worden, steht Illiquidität gar nicht im Wege, im Executivproceß ist überhaupt Liquidität der Einreden erforderlich; so bleibt denn eigentlich nichts Besonderes und Eigenthümliches bei der Einrede der Compensation übrig, wenn man nicht, wie allerdings die Processualisten vielfältig (erst die neuesten haben sich ganz davon hinweggewandt), privilegirte Einreden noch annimmt, und unter diese die exceptio compensationis stellt, wozu freilich die L. ult. C. h. t. große Anreizung gibt. Im allgemeinen konnte sie sich damit behelfen; aber jeder, der Gelegenheit gehabt hat, sich etwas weiter umzusehen, und darauf aufmerksam gewesen ist, wird die Erfahrung gemacht haben, daß man in einzelnen Fällen nicht selten damit angestoßen ist, und ein besseres Gefühl, und ein guter practischer Takt, wo er vorhanden war, auf ganz andere Wege leitete. Zum Glück gibt es hiervon gedruckte Beispiele, ein recht interessantes ist schon in dieser Zeitschrift vorgekommen. Unter den im Jahr 1808 herausgekommenen Rechtsgutachten und Entscheidungen des damaligen Heidelberger Spruchcollegii befindet sich S. 273. ꝛc. der Fall: zwei Kaufleute, wenn ich anders recht verstanden habe, hatten in keiner allgemeinen Handelssocietät mit einander gestanden, aber sie hatten eine gemeinschaftliche Handelsunternehmung mit einander ausgeführt, welche der Eine, der damalige Beklagte, geleitet hatte, und dann auch eine andere gemeinschaftliche Unternehmung, welcher aber der Gegner, der damalige Kläger, vorgestanden hatte: beide Unternehmungen hatten weiter keine Verbindungen mit einander gehabt, und so waren es also ganz auseinander liegende Erwerbssocietäten gewesen, von

denen jede einen verschiedenen speciellen Gegenstand gehabt hatte; nur zufällig und äußerlich waren sie dadurch verbunden worden, daß der Kläger Forderungen an den Beklagten aus dem von diesem dirigirten Geschäft mit Forderungen, die der Beklagte an ihn aus der andern Unternehmung hatte, in einem Contocurrent zusammengestellt und verrechnet hatte. Aus einer dieser disparaten Societäten war ein Rest von 543 Rthlrn. im ordentlichen Proceß eingeklagt worden. Mit diesem Rest hatte es anerkannt seine Richtigkeit. Dagegen behauptete nun aber der Beklagte, er habe aus der andern Societät noch zu fordern, und wenn der Kläger darüber ordentlich Rechnung ablegen würde, so würde sich ergeben, daß dieß sogar noch einen Ueberschuß für ihn abwerfen würde, er schützte also Compensation vor und verlangte zum Behuf derselben vorläufige Rechnungsablegung. Aus den Acten ergab sich aber, daß die causa agendi, wenn gleich im ordentlichen Proceß geklagt war, doch schon außer Zweifel gestellt worden, daß aber der Beklagte ein dieser ganz fremdes, wenn gleich zwischen denselben Personen Statt findendes Verhältniß hatte hineinziehen wollen, was, wenn es durchschaut werden sollte, zu großen Weiterungen und langem Aufhalt führen mußte. Indem die damaligen Mitglieder des Heidelberger Spruchcollegii hiervon die große Unbilligkeit einsahen, konnten sie nicht geneigt seyn, dem Ansinnen des Beklagten, mit der Bezahlung seiner Schuld die Beendigung so großer Weitläuftigkeiten abzuwarten, nachzugeben. Und doch war hier die exceptio compensationis zu rechter Zeit vorgeschützt, und doch war hier nicht summarischer Proceß. Indem das practische Gefühl nicht irre leiten konnte, sah man sich nach theoretischer Hülfe um, der Grundsatz (S. 273.)

> „daß im ordentlichen Processe auch illiquide Forderungen zur Compensation gelassen werden müßten, wenn der Beklagte sich nur gleich bei der Einlassung darauf berufe,“

schien entgegenzustehen, diesem Grundsatz, meinten zwar die

Urtheilsverfasser, »ständen selbst bedeutende Zweifel entgegen, aber er sey jetzt allgemein angenommen.« Der L. 14. §. 1. C. de compensat. (S. 278.) glaubte man nicht recht trauen zu dürfen, da manche Rechtslehrer sie so interpretirten, daß sie für den vorliegenden Fall die offenbarste Billigkeit nicht retten konnte. Man entschloß sich also, den Beklagten aus dem Grunde ad separatum zu verweisen, weil der Beklagte nicht mit einer Geldforderung gegen seine Geldforderung, sondern gegen eine Geldforderung mit einer Forderung auf ein Factum, nämlich Rechnungsablage, compensiren wolle. In einem Anhange des seel. Gensler zu einem Aufsatz in diesem Archiv (B. II. Nro. 17. S. 215. ꝛc.) wurde die Richtigkeit dieser ratio decidendi bestritten, und darüber entspann sich noch ferner ein gelehrter Streit (B. III. S. 195. ꝛc.) dessen Contenta uns hier nicht interessiren können, da er sich in die Auslegung von Gesetzen verlief, die über unsern Gegenstand kein sonderliches Licht verbreitet haben, am wenigsten aber dem seel. Gensler hätten Veranlassung geben sollen, jenen Urtheilsverfassern einen Vorwurf daraus zu machen, »daß sie die Gesetze nicht angeführt hätten, worauf sie ihre Entscheidung fundirt hätten.„ Doch in der Hauptsache bin ich allerdings Gensler's Meinung, nur glaube ich zugleich, daß Jenen ihr Irrthum, wenn es anders einer ist, mehr Ehre macht, wegen des richtigen practischen Gefühls, welches sie dazu verleitete, als diesem, seine Wahrheit, da sie ihm zu nichts als dem Resultat verholfen, daß „der weitschichtige Beweis der Einrede“, so wie, „daß vielleicht eine besondre Liquidationsinstanz, ein Rechnungsproceß hinter der Definitive entstehe“, gar nicht hätte beachtet werden sollen, „da dieses ja auch in dem Proceß der Klage der Fall seyn könne.« Denn um nur dies hier zu berühren, so kann ja in einem Compensationsfall der Beklagte niemals durch die illiquide Klage in Verlegenheit kommen, da ihn nichts hindert, seine vielleicht liquide Gegenforderung in einer davon unabhängigen Klage zu verfolgen.

In der kurzen Zeit, daß ich hier in Bonn bin, haben wir in unserm hiesigen Spruchcollegium zwei ähnliche Fälle zu entscheiden gehabt. In beiden war nicht eigentlich summarisch geklagt, wenn gleich in dem einen das Document, woraus sich die Schuld des Beklagten ergab, gleich Anfangs beigebracht worden war, in beiden wurde der Beklagte wegen Illiquidität der exceptio compensationis ad separatum verwiesen, und wir sind nur darin von den Gründen jener Heidelberger Entscheidung abgewichen, daß wir uns herzhafter auf die laut redende Natur der Verhältnisse und freilich denn auch auf eine richtigen Grundsätzen angepaßte Auslegung der L. ult. C. de compens. cit. verlassen haben. Da der eine dieser Fälle mir näher zur Hand liegt, und auch wohl interessanter seyn möchte, so werde ich nur diesen hier kurz erzählen.

Eine Handlungsgesellschaft klagt gegen einen Kaufmann auf eine namhafte Summe, die er ihr dadurch schuldig geworden seyn soll, daß er von ihr Wechsel-Rimessen zur Eincassirung erhalten, das daraus eingezogene Geld aber, bis auf eine kleine Summe, die gleich abgezogen wurde, nicht eingesandt habe. Der Beklagte leugnet dieß Factum, die Richtigkeit desselben aber erhellt aus einem Briefe des Beklagten, dem dieser, ohne ihn abzuleugnen nur einen andern Sinn unterzulegen versucht. Ein Gegenbeweis gegen das, was aus diesem Document hervorgeht, ist nach der Natur des Falls und den in den Acten enthaltenen Behauptungen nicht mehr denkbar. In eventum wird aber vom Beklagten eine Gegenforderung zur Compensation opponirt, die er zwar gegen die ganze Societät als solche zu haben behauptet, die aber, wie es ganz klar ist, auf jeden Fall nur gegen einen der socii, den die andern nicht einmal als socius anerkennen wollen, ganz abgesondert von seinem Societätsverhältniß, aus einem der Societät selbst ganz fremden Geschäft gerichtet seyn, also auch nur die Rate dieses socii an der eingeklagten Summe treffen und kürzen kann. Um

diese Einrede der Klage, was Liquidät betrifft, gleich zu stellen, müßte erst erwiesen seyn

1) daß die behauptete Schuld wirklich vorhanden sey. Der Beklagte hat darüber bloß ein nicht gegenseitig anerkanntes Contocurrent beigebracht,

2) daß der Schuldner wirklich einen Antheil und welchen er in der Societät hatte,

3) daß ihm ein Guthaben in der Societät zukomme, worauf die Compensation geschehen könne.

Alles dieß ist von den Klägern in Abrede gestellt, und um die beiden letzten Beweise zu führen, wäre eine vollständig ausgeführte in diesem Augenblick vielleicht nicht einmal mögliche Societäts-Bilance, die der Beklagte, obgleich extraneus, doch um sein Recht auf Compensation darzuthun, wie dort im Heidelberger Fall die Rechnungsablegung freilich verlangt, die ihm aber geweigert wird, in der That unentbehrlich.

Unter diesen Umständen stellt sich also die gegenwärtige Illiquidät der exceptio compensationis deutlich dar. Das Gericht der ersten Instanz hatte schon den Beklagten pure schuldig erkannt, und das Spruchcollegium fand kein Bedenken, dieß Urtheil mit dem Zusatz zu bestätigen, daß es demselben freigestellt werde, seine dermalen illiquide Forderung in separato geltend zu machen.

Der Fall, den ich hier vergegenwärtigt habe, hatte noch einige andre Verwicklungen und Eigenheiten, die für unsre Aufgabe nicht interessant sind, bei der obigen Entscheidung aber doch in Betracht kommen. Ob man das, was ich herausgehoben, als wirklichen Fall, was er freilich ist, oder als fingirten ansehen will, ist gleichgültig, denn es kommt uns hier nicht auf Auctorität sondern auf Anschaulichkeit von vorne herein, und auf Anregung des richtigen Gefühls an. Auf keinen Fall habe ich im Sinne, das hiesige Spruchcollegium für meine bißherigen und noch folgenden Behauptungen irgend verantwortlich zu machen.

Wenn wir es nun versuchen wollen, die Sache, wieder im allgemeinen aufgefaßt, dem Auge näher zu führen, nehmen wir dabei dießmal das Recht aller Abhandlungen in einer periodischen Schrift in Anspruch, daß man so wenig völlige Abrundung des Ganzen, als Abglättung und Erschöpfung des Einzelnen verlangen kann, sondern Manches der weiteren Fortführung Andrer überlassen werden darf. Es könnte schon ein Verdienst seyn, wenn man es nur erst möglich machte, den Streit, oder wenn man lieber will, den Disput, ohne zu den alten Noten immer wieder zurückzukehren, doch so zu führen, daß er sich nicht ganz ins Wilde verliefe.

Aufforderung genug, sollte man denken, liegt in der Natur des Gegenstandes, zu einer fortgesetzten ernstlichen Untersuchung, denn bei der großen Häufigkeit ähnlicher Fälle, wie die erwähnten, wo sich das practische Gefühl einer steifen Theorie nicht unterwerfen will, müßte es doch schlimm seyn, wenn man sich nicht am Ende über eine im Ganzen zutreffende Theorie sollte vereinigen können, nur müssen freilich die Wege vorher einigermaaßen verabredet seyn.

In der folgenden Erörterung wird, wie sich leicht erwarten läßt, auch manches Rechtsgeschichtliche vorkommen. In älteren Schriften, namentlich von Cujaz, ist hier schon trefflich vorgearbeitet worden. Auch der Herr Verfasser des oben erwähnten frühern Aufsatzes im Archiv, wobei sich der Gensler'sche Anhang findet, hat dieß zu benutzen gesucht. Er meint, die L. ult. C. de comp. cit. und §. 30. J. de act., welcher ohnehin nur von dem depositum spräche, und höchstens eine Singularität rechtfertigen könnte [4], be-

---

4) Dies ist mir ganz unverständlich gewesen, da beide Gesetze das Depositum nur als eine Ausnahme der in ihnen aufgestellten Regel anführen, eine Ausnahme, die Justinian nicht erst gemacht hat, sondern die als Satz für sich, nämlich daß beim

zöge sich auf eigenthümliche römische Proceßformen, namentlich darauf, daß in stricti juris negotiis die Einreden schon vor dem Prätor nothwendig vorgeschützt werden mußten, und unerlaubt war, solche vor dem judex pedaneus nachzutragen; daher gebe jene Constitution für unsern Fall gar keine Entscheidung. Sie rede vielmehr von dem Fall, da die exceptio compensationis bei einem stricti juris negotio vor dem Prätor nicht vorgetragen worden war, sondern vor dem judex pedaneus nachgetragen werden mußte, und gebe nun diesem die Weisung, daß er den Beklagten nur dann mit jener Ausflucht noch hören solle, „si causa, ex qua conpensatus, liquida sit, et non multis ambagibus innodata.“ Man muß es schon dankbar erkennen, wenn ein Practiker eine rechtsgeschichtliche Ansicht zu Hülfe ruft; sonst ist es bekannt genug, daß zu Justinians Zeit der alte Ordo judiciorum privatorum mit seiner regelmäßigen Sonderung der Functionen des Prätors und des Judex seit Jahrhunderten schon aufgehört hatte, und daß ihm in einer allgemeinen Vorschrift [5] über Compensation wohl am wenigsten in den Sinn kommen konnte, einem judex pedaneus besondere Weisungen zu geben. — Die rechtsgeschichtlichen Quellen sind über diesen Gegenstand sehr arm, auch das was die Institutionen des Gajus hinzugebracht haben, ist nicht viel, und an sich sehr dunkel und lückenhaft. Aber bei unserm Gegenstande tritt es besonders stark hervor, daß man die Quellen, sowohl alte als neue, gar nicht recht verstehen kann und manches ewig räthselhaft erscheinen muß, wenn man nicht in die innere Natur des Gegenstandes selbst, in seinen unveränderlichen Begriff eingedrungen ist. Damit

---

Depositum gar keine Compensation zulässig sey, schon zu Paulus Zeit existirte s. Paulus R. S. II. 12. §. ult. bey Schulting S. 282.

5) Der Herr Verfasser nennt es ein Rescript; vielleicht deswegen, weil Joanni P. P. darüber steht?

soll nicht gerade gesagt seyn, daß, wo das geltende Recht diesem Begriff eine unnatürliche Gewalt zugefügt hat, dieses als ungültig zu beachten sey, aber gewiß ist doch auch, daß die Natur der Sache ein Wort mitzureden habe, und daß wo nicht erweislich das Gesetz derselben widerstreitet, ihr die Entscheidung zukomme. Sieht man aber nur recht zu, so wird man das Gesetz im Ganzen und Einzelnen mit der Natur der Dinge und Verhältnisse hier in Uebereinstimmung finden, wenn auch in mancher Hinsicht zu wünschen übrig bleibt, daß es sich vollständiger und bestimmter über unsern Gegenstand ausgesprochen hätte.

Um es gleich voraus zu sagen, werde ich auf zwei Puncte hier mehr, als gewöhnlich geschieht, aufmerksam seyn:

1) was es in Beziehung auf Compensation mit dem Unterschiede, ob die beiden Forderungen, die gegen einander aufgehen sollen, ex eadem causa herrühren, oder nicht, eigentlich auf sich habe; denn dieser Unterschied konnte doch nicht aus reinem Zufall in §. 39. J. de actionibus angedeutet seyn;
2) welche wesentlichen Unterschiede zwischen der exceptio compensationis und der sogenannten exceptio solutionis, ungeachtet der von den Auctoren so sehr herausgehobenen Verähnlichung, übrig geblieben sind. Hätte man hier der Aehnlichkeit kein zu großes Gewicht beigelegt, so würde man die eigenthümliche Natur der Compensation besser erkannt haben. Wir werden daher auf die Unähnlichkeiten gelegentlich hinweisen und darin dem Beispiel des Gajus uns annähern, der, indem er in III. 61—68. die beiden Institute der Compensatio und Deductio fast nur rein practisch bezeichnet, in §. 66—68. grade nur die Unterschiede derselben von einander heraushebt. Wiederum werden dadurch auch die Aehnlichkeiten mehr Character erhalten.

Indem wir die gemeinen Bedingnisse aller Compensation, daß die beiden Forderungen unter denselben Personen Statt

finden, und auf fungible Sachen gleicher Art und Güte (es soll in der Folge immer repräsentativ von Geld die Rede seyn) gerichtet seyn müssen, als bekannt voraussetzen, gehen wir von der gewiß richtigen Bemerkung aus, daß alle Compensation von Grund aus auf Aequitas, d. h. hier, auf natürlicher Billigkeit, wie sie aus den jedesmaligen Verhältnissen nach ungekünstelter und ungezwungener Ansicht hervorgeht, beruhe [6]). Daraus läßt sich denn schon schließen, daß wie es nach römischer Ansicht contra bonam fidem und dolus war, die Compensation zu verweigern, wo sie billig war, es aus gleichem Grunde als mala fides und fraus erscheinen mußte, die Compensation da **aufzudringen**, wo sich zeigen läßt, daß es unbillig und gegen die Verhältnisse, ganz natürlich angesehen, seyn würde ihr dermalen Gehör zu geben.

Nun ist es aber im allgemeinen allerdings richtig, daß wenn ich an denjenigen, welcher mich wegen einer Geldsumme belangt, ebenfalls eine schon fällige Geldsumme zu fordern habe: er hat an mich zu fordern, ich gleichfalls an ihn —,

A) ich nicht genöthigt werden muß, ihm irgend etwas zu bezahlen, wenn die beiden Forderungen sich decken, und ist meine Forderung kleiner, so muß dieß abgezogen werden; denn sonst gäbe es hier ja ein müssiges Hin- und Herzahlen, erst müßte ich zahlen, dann das Gezahlte wieder zurückfordern [7]), das kann nicht billig seyn, sobald dieses Verhältniß der beiden Forderungen wirklich constirt, wirklich dem Richter vor Augen liegt, und wirklich der Beklagte sich darauf beruft. Eben so

B) versteht sich auch nach Billigkeit von selbst, daß wenn

---

6) L. 36. D. de admin. tut. L. 18. D. L. 5. 6. C. h. t.

7) L. 3. D. h. t. (Pompon.) Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere. Vergl. L. 173. §. 3. D. d. R. J. Dolo facit, qui petit quod redditurus est.

ich ein Interesse dabei habe, das Aufheben der beiden Forderungen durch einander, so weit sie sich decken, zurückgerechnet werden muß bis zu dem Augenblick, da beide Forderungen zugleich fällig waren, denn von dem Augenblick an mußte es im Effect so gut seyn, als wäre ich dem andern nichts mehr schuldig. Dieß kann sich in mehrern Folgerungen zu erkennen geben, Hauptfolge ist aber, daß, wenn die Forderung an mich Zinsen trug, meine an den andern aber nicht, oder nicht so große Zinsen, von dem bezeichneten Augenblick an alle Zinsen wegfallen müssen. In diesem Sinne kann man schon sagen, die Compensation muß ipso jure eintreten, d. h. es bedarf keines besondern Acts, keiner Verabredung, keiner Liquidation und Aufrechnung, es tritt das von selbst ein. Die Folgerung fand wenigstens schon zu Severus Zeit statt; der es in einer Constitution aussprach, und so erkannten es auch folgende Kaiser ausdrücklich an [8]). Aber auch die Bezeichnung des sich von selbst Verstehens, des von selbst Eintretens durch »ipso jure« rechtfertigt sich theils durch die Art, wie auch sonst dieser Ausdruck gebraucht wird, theils durch die Texte selbst, wo er in dieser speciellen Beziehung grade vorkommt. Es ist allen bekannt, daß das Wort grade in Verbindungen vorkommt, wo gesagt werden soll, es trete eine Rechtswirkung unter Voraussetzung gewisser factischer Umstände, von selbst ein, ohne Vermittlung einer in andern Fällen nöthigen besondern Handlung, mag diese Handlung nun ein Act der Obrigkeit, z. B. Ertheilung einer eignen exceptio oder einer restitutio in integrum durch den Prätor, oder ein Act der Partey seyn, für welche die Rechtswirkung eintreten soll, wie wenn z. B. es keiner Antretung bedarf, um die Erbschaft zu erwerben, oder wie hier; oder endlich mag es eine Handlung seyn, die aus beiden Genannten

---

8) L. 11. 12. D. L. 4. 5. C. h. t.

zusammengesetzt ist, wie z. B. wenn vom primus institutus gesagt wird, daß er nachdem der secundus institutus und sein Substitut die Erbschaft ausgeschlagen, dessen Theil hinzubekomme ipso jure, ohne daß es nöthig sey bonorum possessio zu bitten und zu ertheilen [9]. Unser Fall hat wohl am mehrsten Aehnlichkeit mit der ipso jure eintretenden Herabsetzung der dos durch nothwendige Impensen, vornämlich deswegen, weil dabei auch eine materielle Bedeutung des ipso jure mit der formellen zusammentrifft [10].

Für unsre specielle Beziehung rechtfertigt den Ausdruck

S. 4. C. h. t. Imp. Alexand. A. Capitoni. Si constat, pecuniam invicem deberi, *ipso jure* pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes summas, *ejusque solius*, *quod amplius apud alterum est*, *usurae debentur*, si modo petitio earum subsistit.

Hier ist keine Beziehung auf Processualistisches, auf den formellen Gegensatz von per exceptionem zu verspüren, sondern es bezieht sich das ipso jure offenbar auf das materielle von selbst Eintreten der Compensation, indem hier sogar speciell unsre obige Folgerung hinsichtlich der Zinsen daraus gezogen wird. Es ist nicht zu vermuthen, daß die Worte ipso jure, obgleich auch ohne sie ein vollständiger Sinn herauskommt, welchen sie nur noch nachdrücklicher darlegen, interpolirt sind, denn da, wie wir sehen werden, dieß überall nicht als eine Neuerung von Justinian hinzugekommen ist, so konnte ein solches Einschiebsel fast nur da motivirt seyn, wo im ursprünglichen Text per exceptionem stand, dieß

---

9) L. 2. §. 8. D. d. B. P. s. t.

10) Vergl. L. 5 D. d. imp. in res dot. L. 56. §. 3. D. de J. D. L. 5. §. 2. D. d. pact. dot. mit L. 1. §. 4. L. 2. pr. L. 5. D. d. dot. praeleg.

paßt nun aber hier gar nicht hinein. Eben so im materiellen Sinn kommt der Ausdruck zweimal vor in

L. 10. pr. D. eod. (Ulp.) Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est, *desinere nos invicem esse obligatos*, *ipso jure compensatione negligentia facta.* Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri, et *ipso jure* invicem liberationem.

Was das ipso jure hier bedeute, daß es nicht auf bloß formelles, sondern auf materielles von selbst Wirken, gehe, zeigt der ganze Zusammenhang, zeigt im Anfange die Verbindung mit — *desinere* nos invicem esse obligatos — jetzt in diesem Augenblick, wo die beiden Forderungen zusammentreffen, hört von selbst alle Verbindlichkeit wechselseitig für uns auf; zeigt am Ende die Verknüpfung mit liberationem. Auch hier ist die Interpolation nicht wahrscheinlich. Wollte man diese aber auch für beide Texte annehmen, so würde doch für beide diese Bedeutung des Ausdrucks hinsichtlich des Justinianischen Sprachgebrauchs gerechtfertigt seyn. Von der L. ult. C. h. t. spreche ich hier noch gar nicht, da vornämlich für deren Interpretation diese Bemerkung unten wird gebraucht werden [11].

Nachdem wir eine kurze Abschweifung über die Wortbedeutung gemacht haben, kehren wir zur Sache zurück. Das unter B. Gesagte ist die eigentliche materielle Rücksicht, die bei der Compensation obwaltet, und diese muß am Ende im Effect immer aufrecht erhalten werden, wo Billigkeit gelten soll. Nach neuestem Recht soll sie das nun allemal

11) Vergl. auch L. 21. D. h. t. (Paulus) Postea quam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, *ipso jure* compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, *quia nihil compensat*, sed ab initio minus ab eo petitur.

und selbst schon nach dem Recht der neuesten Classiker scheint sie fast allenthalben durchgedrungen zu seyn, und daher bleibt dieß immer stehen. Compensation wirkt also in diesem Betracht gleich Zahlung.

Es gibt hier aber eine formelle und processualische Rücksicht, die aber allerdings auch wichtige materielle Folgen haben kann, und diese bezieht sich auf die Regel unter A.

Der Einwurf nämlich, den der Beklagte dem Kläger macht, daß er ihm eben so viel oder doch auch schuldig sey, und daher Deckung oder Kürzung der Forderung eintrete, ist immer eine Einrede, die der Beklagte beweisen muß, wenn ihm die Schuld nicht vom Kläger zugestanden wird. In diesem Betracht stehen sich wieder *compensatio* und *solutio* gleich, auch die Zahlung, die der Beklagte behauptet, muß er beweisen.

Eine Grundverschiedenheit liegt aber darin, daß sich bei der compensatio zwei causae debendi und daher auch zwey Klaggründe gegenüber stehen, die nur einander aufheben sollen im Effect. Dieß läßt sich nun aber der Form nach entweder so vermittelt denken, daß gradezu eine causa debendi und eine actio die andre aufhebt und ihre Verfolgung unmöglich macht, ganz oder zum Theil, sobald der Einwurf überhaupt Statt hat, oder so daß dieser als besonderes Ausnahmerecht gegen die stehen gebliebene actio und ihre Regel, also als exceptio im ächt römischen Sinne [12]) geltend gemacht werden muß. Dieß betrifft die reine processualistische Form und konnte nur im alt-römischen Proceß von rechter Wichtigkeit seyn. Hier ist wieder der Ausdruck ipso jure, und zwar im Gegensatz von per exceptionem, vollkommen gerechtfertigt. Wer weiß nicht, daß das Wort in diesem Gegensatz häufig und in vielen Beziehungen im corpus juris vorkommt; ob es

---

12) S. Gajus IV. 126. und tit. J. de except. init.

grade in Beziehung auf compensatio so vorkommt, wollen wir noch ganz dahin gestellt seyn lassen. Es kann nicht bezweifelt werden, daß es so gebraucht werden konnte. Dasjenige ipso jure nun aber, wovon wir oben unter B. geredet haben, verträgt sich mit beiden Vermittlungsarten, mag nun exceptio erforderlich seyn oder nicht, die Wirkung der compensatio kann immer zurückgerechnet werden, so daß namentlich auch die Zinsen der Zwischenzeit wegfallen. — Dieß ist nun aber bei der wahren *solutio* ganz anders, denn diese bringt keine obligatio hervor, sie kann also auch keine causa debendi der andern gegenüber stellen, allein jede reelle Erfüllung hebt die obligatio und ihre causa debendi gänzlich auf, es versteht sich also auch von selbst, daß hier gar keine actio mehr seyn kann, und es würde widersinnig seyn, hier jemals eine exceptio im alt-römischen Sinne zu erfordern.

Allein von diesem Unterschiede zwischen ipso jure und per exceptionem ist die ebenfalls processualistische, aber den sachlichen Wirkungen näher liegende Frage im Ganzen unabhängig, ob es denn unter allen Umständen billig sey, die Einrede der Compensation überhaupt zuzulassen. Dreierlei Rücksichten kommen hier vor:

1) der Beklagte war seine Schuld geständig, er constitirte in jure oder doch nachmals vor dem judex, jetzt überhaupt im Gericht; oder früheres Eingeständniß dieser Schuld liegt vor Augen, kurz Urkunden sind beigebracht, woraus sich die Schuld abnehmen läßt, und die auch der Beklagte nicht verleugnen konnte; nun setzt er Compensation entgegen, der Kläger leugnet aber diese Gegenschuld, sie ist auch sonst für sich nicht so klar, wie die eingeklagte. Hier würde es sehr unbillig seyn, wenn man dem Kläger seine Forderung nicht erst zuerkennen wollte, ehe jener Beweis der Einrede geführt würde. Die Compensation muß also verworfen und die Gegenforderung zur besondern Ausführung verwiesen werden;

2) die Einrede der Compensation kann, wenigstens nach römischem Recht, auch nach der actio judicati opponirt werden. Dieß ist bloß möglich wegen der Zweifaltigkeit der causa; denn bei der Einrede der Zahlung ist es unmöglich [13], da, wenn einmal durch ein rechtskräftiges Urtheil eine Forderung zuerkannt ist, damit zugleich über ihre Nichterfüllung entschieden ist; wo hingegen, wenn A. eine Forderung gegen B. rechtskräftig zuerkannt ist, es sich ja noch recht gut damit verträgt, daß B. noch eine andre gleichartige Forderung gegen A. hat, es könnte ja seyn, daß er jene Forderung an sich bestritt, er meinte gar nicht schuldig zu seyn, also wollte er auch gar nicht compensiren; nun erst, da er schuldig erkannt ist, schützt er seine Forderung als die Schuld aufhebend vor. Das ist zulässig, schon nach älterem Recht [14]. — Aber freilich wieder ist hier nicht zu bezweifeln, daß die compensirende Forderung liquid seyn müsse, wie das die aus der res judicata immer ist. — Zugleich ist aber ersichtlich,

13) Es versteht sich, daß hier von einer vor dem Proceß oder doch vor dem Urtheil geschehenen Zahlung die Rede ist.

14) L. 16. §. 1. D. h. t. Hier ist freilich nur von dem Fall die Rede, da zwei Forderungen aus verschiednen Urtheilen sich gegenüber stehen, aber es ist kein Grund denkbar, weshalb die compensirende Forderung hier nothwendig auf einer res judicata beruhen müßte; in der L. 16. wird nur darum dieser Fall angenommen, um darauf aufmerksam zu machen, daß die gesetzliche Executionsfrist hier die Compensation nicht ausschließen könne, als seyen hier ein paar zu verschiedenen Zeitpuncten noch erst fällig werdende Forderungen vorhanden, „aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.„ Entscheidend ist auch L. 2. C. eod. *Antonius* A. Asclepiadae. Ex causa quidem judicati (si debitum) solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio ejus admitti potest. *Eum vero qui judicati convenitur*, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse, nemini dubium est.

wie hier wieder Compensation und Zahlung auseinander gehe.

3) Es kann seyn, daß gleich im ersten Verfahren die eingeklagte Schuld verneint wird, zugleich aber auch in eventum die Einrede der Compensation opponirt, und der Grund dieser ebenfalls von der andern Seite verneint wird. Nun trifft es sich aber, die eingeklagte Schuld muß zwar auch noch erwiesen werden, aber das Erforderniß dieses Beweises ist nur noch mehr formell als wirklich vorhanden, indem sich schon erkennen läßt, wenigstens mit Wahrscheinlichkeit, daß der Beweis geführt werden wird, oder die schon erkennbaren Beweismittel desselben sind doch von der Art, daß sich absehen läßt, in kurzer Zeit werde über den Beweis entschieden seyn, so oder anders; dagegen der Beweis der zu compensirenden Schuld würde in große Weitläuftigkeiten führen und die sonst bald zu Ende zu bringende Sache würde in die Länge gezogen werden.

Soll auch hier die Compensation, d. h. genau genommen, die Vorschützung derselben in diesem Rechtsstreit, verworfen werden (an judex rationem non debeat habere compensationis)? Die Billigkeit scheint sich im allgemeinen dazu hinzuneigen, die Compensation derweile vor diesem Rechtsstreit zu entfernen. Allein dann entsteht ferner die Frage [15]: kann der Beklagte, der mit seiner Compensation zur Ausführung in einem besondern Rechtsstreit (»ad separatum«) verwiesen wurde, bloß die Klage aus seiner Forderung anstellen? — denn daß er nun diese behält, versteht sich von selbst [16]) — oder hat er auch eine con-

15) Weber Beitr. zu der Lehre von den Klagen und Einreden St. I. S. 71.

16) L. 7. §. 1. D. h. t. Si rationem compensationis judex habuerit, salva manet petitio, nec enim rei judicatae exceptio objici potest. Aliud dicam, si reprobavit compensationem quasi non existente debito, tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio.

dictio, indem, wenn er nun nur noch seinen Beweis führen kann, die Compensation als im Hintergrunde wirklich geschehen (oben B.), und zwar rückwärts zur Zeit der Fälligkeit beider Forderungen angenommen wird, kann er zurückfordern, was er eigentlich, obgleich rechtmäßig dazu condemnirt, ohne wahrhaft schuldig zu seyn bezahlt hat? Wie wichtig dieser Unterschied in Beziehung auf Zinsen, auch auf mora und Schadensersatz, und vollends in dem Falle seyn kann, wenn die Gegenforderung eine obligatio naturalis war, begreift sich von selbst. Die Billigkeit ist offenbar für das Letzte; denn, indem man den Beklagten vorläufig zahlen ließ, so geschah dieß nur, damit dem Kläger kein Nachtheil aus der Abwartung der Beweise des Gegners erwüchse, es soll ihm aber auch kein unbilliger Vortheil daraus erwachsen, daß dem andern seine Beweise nur nicht gleich zur Hand lagen, indem er sie am Ende wirklich zu führen im Stande ist. Es muß dieß also eben so behandelt werden, wie wenn er aus Irrthum zahlte, ohne die Compensation vorzuschützen. Ueber diesen letzten Fall erklärt sich Ulpian deutlich auf diese Weise, und daß hier condicirt werden könne, leitet er eben daraus ab, daß die Compensation ipso jure geschehe, nämlich in

> L. 10. D. h. t. — — — ipso jure compensatione negligentiae facta — — — compensationem factam videri, et ipso jure invicem liberationem §. 1. Si quis *igitur* compensare potens solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.

Wenn nun aber auch im allgemeinen billig ist, den Kläger die weitläuftigen Beweise des Gegners unter den bezeichneten Umständen nicht abwarten zu lassen; so muß dieß doch regelmäßig da wegfallen, eben wieder aus Gründen der Billigkeit, wo die beiden Forderungen *ex eadem causa* herrühren. Wie ist dieß zu vereinigen mit der obigen Behauptung, daß bei Compensation sich immer zwey causae debendi gegenüber ständen? Das, was wir hier meinen, ist

zu verstehen von der entferntern causa, das oben Gesagte von dem nächsten Entstehungsgrunde; z. B. jeder von zwei sociis ist nachlässig bei der Verwaltung dessen gewesen was er grade in Händen hatte, und sie haben sich dadurch vicissim Schaden zugefügt, mithin Geldsummen gegeneinander zu fordern, oder der Eine hat Geld eingenommen, was er mitzutheilen hat, der Andre hat durch Nachlässigkeit geschadet [17]: hier sind die nächsten Gründe der Schuld ganz verschiedne facta, also kann man sagen, es stehen sich zwei causae debendi entgegen, aber die endliche causa, woraus hier von beiden Seiten die actio pro socio angestellt werden kann, ist der contractus, die societas, dieses besondre Vertragsverhältniß, dieses ist beiden Obligationen zum Grunde zu legen, und in dieser Beziehung kann man freilich auch sagen, es ist una s. eadem causa, oder wenn man lieber will, es ist par causa. Dagegen z. B. wenn A dem B Geld geliehen hatte, und er verklagt ihn nun, B hatte aber inzwischen dem A auch Geld geliehen, oder er war Erbe des C geworden, der dem A Geld geliehen hatte, oder dem A ist von seinem Erblasser eine Geldsumme als Legat zu Gunsten des B aufgelegt; und nun will B compensiren, so ist recht klar, daß dispar causa vorhanden ist. — Im erstern Fall nun, wenn par causa ist, kann deswegen nichts auf Liquidität der Compensation ankommen, weil gleich anfangs bei Eingehung des ganzen Verhältnisses darauf gerechnet wurde, daß nach geschehenem Zu- und Abrechnen derjenige werde zu bezahlen haben, für den ein Zahlungsrest übrig bliebe, alle diese einzelnen Forderungen und Gegenforderungen gehören in Ein Ganzes, von dem nach dem Contract ein einfaches Resultat gefunden und beobachtet werden muß. Die Compensation lag hier also in der ursprünglichen Absicht der Parteien. Dieß findet in einem vorzüglichen Grade bei societas, aber im

17) Beispiele, die in L. 10. D. h. t. cit. vorkommen.

Wesentlichen allemal Statt, wenn aus einem und demselben Contract directe Klagen, oder auch nur eine actio directa von der einen, eine actio contraria aber von der andern Seite so zusammentreffen, daß sie beide auf eine Geldsumme gehen, z. B. bei der Tutel, wenn der Tutor Gegenforderungen aus dieser gegen den Pupillen hat [18]). Aber es findet auch Statt, wo zwar mehrere Contracte, und in diesem Sinne mehrere causae debendi Statt finden, aber diese sich so zu einander verhalten, daß die Absicht der Parteien auf ein gegenseitiges Verrechnen ging, wie z. B. wenn unsre Kaufleute in gegenseitigem Verkehr stehen, es werden Umsätze durch Kaufen und Verkaufen oder Wechselremissen u. w. d. ä. gemacht, und dieß in die Handlungsbücher als Soll und Haben eingetragen wird: hier sind alle diese Schuldpöste mit der Idee contrahirt, daß ein definitives Contocurrent am Schluß der Rechnung nur den Rest, der für Einen oder den Andern bleibt, von Zeit zu Zeit zahlbar machen soll. Auf dieses Zusammenfassen in ein Verhältniß als Ganzes kommt es an, auf diese innerliche Einheit, nicht auf die zufällig äußerliche, daß einmal Handelsverhältnisse, die gar nicht nach der Absicht der Contrahenten in nothwendiger Verknüpfung mit einander stehen, wie in jenem Fall des Heidelberger Urtheils, in ein Contocurrent zusammengeschlagen werden. Wo jene Einheit nicht deutlich nach den Umständen oder nach dem Gebrauch hervortritt, da darf sie auch nicht angenommen werden. Ein Gleiches mußte bei den Römern von den alten nomina in den Hausbüchern zur Zeit der Republik gelten, wovon noch unten.

In den übrigen Fällen, wovon wir geredet haben, ist dieß anders: da haben die causae debendi ursprünglich gar nichts mit einander zu thun, sie sind ganz disparat, und ihr Zusammentreffen in dem Verhältniß der beiden Personen ist oft ganz zufällig, z. B. es wird durch Beerbung

18) L. 36. D. d. admin. tutor.

vermittelt. Dieß grade gibt der Einrede der Compensation einen eignen Character, und unterscheidet sie so weit das reicht von allen andern Einreden, die durch solutio oder quod solutionis instar est, basirt sind, z. B. die Einreden der Zahlung selbst, eines auf immer geschlossenen pacti de non petendo, der Acceptilation, der novatio, der res judicata, des Juramenti gehen alle auf Facta, die eigens darauf gerichtet waren, die causa debendi aufzuheben oder als nicht vorhanden darzustellen; wogegen die Einrede der Compensation, der causa debendi an sich ganz fremde Facta, zum Grunde legte, die nur im zufälligen Effect damit in Berührung kommen. Auch wo das Factum einer andern Einrede nicht zu dem Ende geschah, um das debitum aufzuheben, wie bei der exceptio doli und quod metus, ist es doch mit der Thatsache, welche die Forderung bewirkte, von Hause aus verknüpft und eng verbunden, und wird nicht erst in der Folge zufällig damit in Berührung gebracht.

Daher kann es denn mitunter sehr billig seyn, diese sich ganz fremden causae debendi, worauf die Compensation gegründet werden soll, im Proceß erst einmal ganz auseinander zu halten, und jede in einem besondern Rechtsstreit durchführen zu lassen. Denn wenn es auch heilsam ist, wo möglich bei connexen Sachen einen doppelten Proceß zu vermeiden, so kann es doch auch unheilsam seyn, sich ursprünglich fremde Sachen in einen Rechtsstreit hineinzupressen, wenn dadurch schädliche Weiterungen und vielleicht Verwirrung angerichtet werden würde. Das Resultat freilich zwischen diesen beiden Personen, die sich nun einfach oder doppelt streiten, muß allerdings so seyn, daß die nun endlich sich ausweisende materielle Compensation, nun auch formell möglichst aufrecht erhalten wird.

Dieß ist nun das allgemeine durch freie Reflexion, bei der nur hie und da auf gleiche oder ähnliche Ansichten römischer Juristen hingewiesen worden — Gewonnene. Wir fra-

gen nun weiter, wie verfuhren hier die Römer? Historisch vollständig läßt sich dieß, schon allein der Dürftigkeit der Quellen wegen, gar nicht beantworten; aber die wesentlichen Momente lassen sich angeben, wenn auch hie und da nur nach Wahrscheinlichkeit und Vermuthung.

Die Römer waren ursprünglich nicht geneigt, Compensation gegen eine an sich begründete Klage zuzulassen. Bei stricti juris judiciis war die Regel erst gegen die Compensation, und erst Mark Aurel, von der Zeit da Gajus seine Institutionen schrieb, führte dabei die Compensation unter der Form einer exceptio doli ein [18]). Außer den formellen Gründen, weswegen die Compensation hier erschwert seyn mogte, trat hier auch der materielle Grund ein, daß diese judicia auf durchaus unilateralen Contractsverhältnissen beruhten und eben daher dispar causa zu seyn pflegte [19]). Bei den bonae fidei judiciis aus einigen Civil-Contracten und Quasicontracten war das anders [20]), wenigstens waren

18) §. 30. J. h. t.

19) *Schulting* ad Paul. R. S. II. 5. §. 3. not. 11.

20) Es ist recht zu beklagen, daß grade bei der Aufrechnung der bonae fidei judicia im Gajus IV. 63., die dort, nicht in §. 28. J. h. t., eben in Beziehung auf die Compensation, als ein noch von der deductio speciell (in einem generellen Sinn kann man wohl beide unter Compensatio begreifen) verschiedenes Institut, geschieht, nicht alles leserlich war, wenn man auch nur dadurch gewiß wüßte, was Unterholzner in dem interessanten Breslauer Programme nicht ohne Grund vermuthet, daß nach dem Wort depensi alles von fiduciae an, noch einmal geschrieben war. Am schwersten zu begreifen möchte dann seyn, daß die rei uxoriae actio fehlte, die erst §. 29. J. l. c. steht, wenn sich nicht dieß, wie manche andre Auslassung, aus der besondern Beziehung auf compensatio (galt vielleicht da nur retentio und deductio?) erklären lassen sollte. Alles, was wirklich da steht, ist unzweifelhaft, ausgenommen die actio *depensi*. Wäre damit nämlich, wie es wohl nicht anders seyn könnte, die nach Gajus III. 127.

hier actiones contrariae möglich, und so war hier die Regel für die Compensation, und sie ward immer zugelassen, ohne exceptio, wenn die sich bekämpfenden Forderungen aus einem Contract, dessen sämmtliche Ausflüsse der judex ex officio als ein Ganzes zu behandeln hatte, entstanden. Dieß letztere ergibt sich aus der Vergleichung von Gajus IV. 61. mit §. 39. J. de actionib., wo die Bedingung: ex eadem causa, aus Unvorsichtigkeit, indem man den Gajus zu gedankenlos abschrieb, aufgenommen worden [21], da es im neuesten Recht nicht mehr Bedingung ist, wenn es gleich als leitende Idee noch immer seine Wichtigkeit hat, nämlich in den zweifelhaften Fällen. Cicero an dem in der Note angeführten Ort sagt auch: „in his magni esse judicis statuere, praesertim cum in plerisque essent judicia contraria, quid quemque cuique praestare oportet, und in der freieren Bestimmung des judex, quid quemque cuique praestare opor-

---

durch ein eignes Volksgesetz, die Lex Publilia eingeführte actio in duplum gemeint, die darnach dem sponsor, wenn er bezahlt hat, gegen den debitor zusteht, so ist es schwer zu glauben, daß diese offenbar unilaterale Klage auf ein certum, das Doppelte des Bezahlten, eine bonae fidei actio sollte gewesen seyn. Vergl. auch Gajus IV. 185., wo sie in Beziehung auf Vadimonium mit der judicati actio zusammengestellt wird. Bei solcher Ungewißheit kann auch möglicher Weise ursprünglich ein andres Wort gestanden haben, und nimmt man einmal Verschreiben an, so kann auch depensi für depositi verschrieben worden seyn. In der bekannten Stelle Cicero d. offic. III. 17. steht es nicht, aber da fehlt auch depositi und commodati und es sollten da freilich auch nur Beispielsweise die am häufigsten im Leben vorkommenden Contracte angegeben werden.

21) Im Theophilus ist es weggelassen, und wenn Wüstemann meint, das von ihm angeführte Beispiel harmonire doch damit, so ist das ein Mißverständniß, denn ex eadem causa heißt gewiß nicht, wie er meint, „aus einerlei Contractsgattung."

teret, lag wieder nach den Institutionenstellen die Möglichkeit hier und die allgemeine Zulässigkeit der Compensation.

Ist die Compensation überhaupt zulässig, so soll sie nicht dadurch ausgeschlossen seyn, daß wir schon früher unsre Forderung einklagten; nun aber von unsern frühern Beklagten auch verklagt werden: wir können nun den ersten Proceß fallen lassen, und dieß in den jetzigen hineinziehen. Es konnte also auch im altrömischen Proceß hier die exceptio rei in litem deductae nicht opponirt werden, ungefähr was wir jetzt die Einrede der Litispendenz nennen würden [22]

22) L. 8. D. h. t. (Gajus L. 9. ad Edict. prov.) In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur. Vergl. Gajus IV. 106. — Steht L. 1. §. ult. D. quae sentent. sine app. hiermit in Verbindung? Die Worte sind: si apud eundem judicem invicem petamus, si et mea et tua petitio sine usuris fuit, et judex me priorem tibi condemnavit, quo magis tu prior me condemnatum habeas; non est mihi necesse pro hac causa appellare, *quando secundum sacras constitutiones judicatum a me petere non possis, prius quam de mea quoque petitione judicetur.* Sed magis est, ut appellatio interponatur (Macer.) Versteht man diese Stelle mit Donellus ad L. 6. C. h. t. in fin. von compensablen Forderungen, die vor demselben Gericht von der einen wie von der andern Seite klagend angebracht waren, so scheint es, konnte man auf diesem Wege, wenn man nur zur selben Zeit gegenklagte, wenigstens zu Macer's Zeit und zur Zeit der Constitutionen, worauf er sich beruft, deren Alter man freilich nicht errathen kann, den Zweck der Compensation immer und allemal erreichen, und diese war in dieser Form ohne Ausnahme zulässig, wie denn auch Donellus meint, daraus ergebe sich die Entbehrlichkeit aller Liquidität bei Compensationen im alten Recht. Allein — woran mich ein Freund erinnert hat — man muß hier nicht an die Identität stehender Gerichte denken, wie bei uns. Wenn zwei gegenseitige Klagen in dasselbe judicium kamen, so konnte das nur auf die Weise geschehen, daß der magistratus zugleich und auf

Sodann darf wohl die Frage aufgeworfen werden, war vor Gajus und noch zu seiner Zeit das Erforderniß der par causa absolut zu nehmen, und zwar vor Mark Aurel's Constitution die Compensation von den stricti juris negotiis schlechthin ausgeschlossen? Beides ist sehr unwahrscheinlich, und es läßt sich nicht erwarten, daß Mark Aurel in diesem Punct eine ganz neue durchgreifende Verfügung sollte gemacht, und noch dazu sich der Form einer exceptio *doli* bedient haben, wenn nicht schon vorher oft Fälle in solchen judiciis vorgekommen waren, wo es für mala fides erachtet worden war, sich der Compensation gegen alle Billigkeit zu entziehen, und daß die neue Verfügung dann doch wirklich von da an durchgedrungen seyn sollte. Sehen wir nur den Pandectentitel de compensationibus an, so finden sich, dünkt mich, unverkennbare Spuren, daß schon früher bei stricti juris-judiciis Compensationen zugelassen wurden. L. 4. und 5. D. h. t. [23]) handeln davon, ob ein Bürge gegen die Bürgschaftsschuld compensiren könne.

---

einmal für beide Sachen denselben judex bestellte und instruirte, da denn offenbar die Absicht war, grade diese beiden Sachen in besondern Connex mit einander zu stellen, und da galt denn das, was die Lex sagt. Wenn er heute den Titius für die eine, und morgen den Titius für die andre Sache zum judex bestellte, ohne ihn auf beide gleichsam als ein Ganzes zu instruiren, so war das juristisch gar nicht idem judex. Jenes war denn aber ja immer von der besondern Beurtheilung des Prätor abhängig, und so kam es doch noch immer darauf an, ob das Verhältniß der beiden Forderungen zu einander in concreto dazu geeignet war, was ja sehr gut noch auf andern Gründen als auf Compensation beruhen konnte. — In unserm Proceß kann das so gar nicht vorkommen.

23) L. 4. *Paulus lib. 3. ad Sabinum.* Verum est, quod et *Neratio* placebat, et Pomponius ait, *ipso jure* eo minus fidejussorem *ex omni contractu* debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim cum totum peto a reo, *male peto*, ita et fidejussor non tenetur *ipso*

Die erste Stelle ist von Paulus, sie bezieht sich aber nach der Ueberschrift und den Anfangsworten auf eine Behauptung des Sabinus, die auch Neratius Priscus und Pomponius gebilligt hatten, oder doch wenigstens gehörte sie diesen beiden letztern Juristen an. Hier sind nun die Worte ipso jure unstreitig ein Emblem, denn daß zu dieser Juristen-Zeit, ein fidejussor aus jeglichem Contract also in jeglichem Judicium, ohne *exceptio* die Forderung des Schuldners sollte haben zur Compensation bringen können, ist schlechthin unglaublich. Auf das bloß materielle ipso jure, abgesehen von dem processualistischen kann dieß hier wohl nicht bezogen werden, um so weniger, da es nachher mit male petere in Verbindung gebracht wird. Indeß ließe sich das doch noch wohl vertheidigen. Genug aber, so viel ist klar, daß die Compensation überhaupt schon damals zuläßig war, und zwar gegen eine actio ex stipulatu, mithin in einem stricti juris judicium. Es ließe sich also denken, daß wo hier der debitor die exceptio compensationis hatte, der fidejussor auch per modum exceptionis compensiren konnte [24]; wo dagegen, wie bei jenen bonae fidei judiciis und bei par causa zur Compensation der Debitor selbst keiner exceptio bedurfte, da wurde vielleicht auch der fidejussor ipso jure befreit, nur das letztere scheint nicht unzweifelhaft. Indeß da hier so allgemein gesprochen wird: ex omni contractu soll das auf gleiche Weise Statt finden, so bin ich vielmehr geneigt anzunehmen, daß der Bürge,

---

jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.

L. 5. Gajus lib. 9. ad Edict. provinc. Si quid a fidejussore petetur, *aequissimum est*, eligere fidejussorem, *quod ipsi*, an quod reo debetur, compensare malit; sed et si *utrumque* velit compensare, audiendus est.

24) §. 4. J. d. replicat. L. 7. §. 1. L. 19. D. de except. L. 15. pr. L. 49. pr. D. de fidejuss. L. 11. C. d. except.

so wie in manchen andern Puncten nach altem Recht, hierin besonders begünstigt war, daß er immer, aber als exceptio die Compensation opponiren konnte, selbst wo der Debitor es nicht konnte. Dieß wird noch mehr bestätigt durch L. 5. cit. darnach soll er nicht bloß die Forderung des Debitor, sondern auch seine eigne compensiren können, alternativ oder cumulativ soll er das können [25]. Hier läßt sich vollends ein processualistisches ipso jure gar nicht denken. Aber eine exceptio muß hier ausnahmsweise gegen die stricti juris actio gegeben worden seyn. Schrieb Gajus diese Stelle auch nach der Constitution von Mark Aurel, so leitet er dieß doch nicht aus dieser ab, sondern aus entschiedener für diesen Fall besonders dringender Billigkeit. So auch in L. 15. eod. spricht Javolenus von einer Stipulation und dabei von compensatio.

Wir müssen also wohl uns die Sache so vorstellen. Bei stricti juris judiciis galt im ältesten Recht regelmäßig keine Compensation, und nur aus besondern Gründen, wie in jenem Beispiel des hier begünstigten fidejussor, oder wo es sonst vorzüglich billig war, ward vom Prätor causa cognita eine exceptio doli gegeben. Und hier war es denn unter Umständen gewiß auch Hauptrücksicht mit, daß die Gegenforderung liquid seyn mußte.

Wie Mark Aurel bei stricti juris judiciis nun bestimmt die Regel umkehrte, hatte das Recht gewiß schon lange geschwankt, die Fälle waren immer häufiger geworden, wo man es der aequitas gemäß gefunden hatte, auch hier

---

25) Unstreitig läßt sich dieß nicht umkehren, gewiß kann niemals der Hauptschuldner die Forderung des Bürgen (ohne Cession) zur Compensation bringen, dieser ist in dem Betracht wie jeder Dritte, arg. L. 18. §. 1. D. h. t. Hierin zeigt sich denn wieder ein Unterschied von der *solutio*, denn bezahlt der Bürge seine Schuld, so ist der Hauptbeschuldner dadurch befreit, so gut als wenn ein Dritter absichtlich für ihn zahlte, wie allen bekannt ist.

die Compensation zuzulassen. Nun konnte es aber nimmermehr seine Absicht seyn, diese Zulässigkeit absolut einzuführen, dies ergibt sich schon aus der Form, wie sie angebracht werden sollte als exceptio doli, also nur da, wo es wirklich in concreto contra bonam fidem war, sie zu verweigern, am wenigsten da, wo es grade mala fides seyn würde, sie in dem anhängigen Processe aufzudringen; der §. 30. J. de act. erzählt auch nichts weiter, als daß Mark Aurel sie dort eingeführt habe. Wie ließe sich auch wohl eine solche absolute Vorschrift denken, da selbst bei bonae fidei judiciis und bei par causa, die Umstände so geeignet seyn konnten, daß die Entscheidung wegen Illiquidität der Gegenforderung 26) vorerst ausgesetzt werden mußte, wenn

---

26) Donellus l. c. ad L. ult. behauptet, nach altem Recht sey niemals Liquidität erforderlich gewesen, allein dieß beruht auf dem Irrthum, daß er sich das Erforderniß der Liquidität von dem ipso jure im Gegensatz des per exceptionem abhängig dachte; er sah nicht ein, daß es in der besondern Natur einer exceptio liegen konnte, daß sie unter Umständen liquid seyn müsse. Dieses Vorurtheil sollte durch die ganze bisherige Darstellung hinweggeräumt werden, die Meinung, so wie sie Donell aufgestellt hat, widerlegt sich aber auch schon allein dadurch, daß, wie oben gezeigt worden, schon nach classischem Recht die Compensation auch gegen die actio judicati opponirt werden konnte, wo doch unfehlbar Liquidität erforderlich war. Auch war ja bei bonae fidei judiciis von gar keiner exceptio die Rede. Indeß wenn wir auch Donell's Behauptung auf die stricti juris judicia beschränken, ist sie allemal falsch. Dafür kann auch nicht das privilegium fisci in L. 46. §. 4. D. de jure fisci, als bestätige es die entgegengesetzte Regel, angeführt werden. In §. 5. ibid. heißt es: ut debitoribus fisci, quod fiscus debet, compensetur, saepe constitutum est, dann folgen einige Ausnahmen. Voran geht in §. 4.: Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet. Hier dünkt mich ist gar nicht von einer gerichtlich-opponirten exceptio compensationis die Rede. Die einzelnen stationes fiscales (L. 1. C. h. t.)

auch, indem nach richterlichem Ermessen cautio de restituendo geleistet wurde, wie dies deutlich hervorgeht aus

L. 3. de tutelae Pompon. lib. 5. ad Sabin. Si tutelae aut negotiorum gestorum agatur, incerto hoc, quantum ab adversariis debetur tutori procuratorive, arbitratu judicis cavendum est, quod eo nomine absit.

Durch jene Entscheidung ward also das Recht nur in so weit geändert, als nun zwar regelmäßig diese Einrede schon nach dem Gesetz eintrat, aber der Prätor nun causa cognita die exceptio doli erlassen, oder wenn man lieber

---

waren darauf angewiesen, gegen ihre Forderungen Compensation zuzulassen. Kam nun aber iemand und schützte eine solche Compensation vor, so mußte er sich hierüber ausweisen, that er das nun aber nicht gleich, so konnte das eine schädliche Zögerung verursachen. Es ward also verordnet, daß eine solche Ausweisung binnen zweier Monathe geschehen solle; unterbliebe es, so solle er sich nun, zwar nicht an seiner Forderung, aber doch an der Compensation verschwiegen haben, er solle also nun gleich bezahlen und klagen wenn er es für gut fände, auf den Einwand solle weiter nicht bei der Kasse, und versteht sich auch nicht beim Richter geachtet werden. Vergl. auch L. ult. D. h. t. wo das adprobare C. eben so wenig von einem gerichtlichen Beweise zu verstehen ist.

Eben so irrig ist aber auch wieder die grade entgegengesetzte Meinung des Cujaz (Obs. XV. 12. in f. und VIII. 16.), daß nach altem Recht, nun die Compensation als Einrede zuzulassen immer und allemal Liquidität erforderlich gewesen sey. Dieß ist nirgends in den Quellen. L. 3. D. de tutela, wovon oben mehrmals die Rede gewesen, kann es nicht beweisen, und L. 22. D. h. t. auch nicht, denn daß der Beklagte eine alternative obligatio: decem aut hominem vorschützend, vorher die decem wählen mußte, liegt ja bloß darin, daß die Forderung auf den Sclaven gar nicht compensable war, also auch das Ganze erst durch die Entfernung desselben compensable werden konnte.

will aus besondern Gründen verweigern und verwerfen konnte [27]).

Für die judicia bonae fidei, deren wir oben erwähnten, hatte das denn aber die natürliche Folge, daß nun auch hier für die Fälle der dispar causa sich die Regel umkehrte, ohne daß man darum annehmen darf, es sey hier fortan nicht mehr auf die vorliegenden Umstände des Falls, namentlich nicht auf die Liquidität Rücksicht genommen werden.

Und so finden wir denn schon bei den letzten Classikern Ulpian, Paulus 2c. für beide obigen Arten der judicia, ja für Klagen, die unter keine jener Kategorien gehörten, z. B. die actiones ex delicto [28]), die Compensation als Re-

---

27) Aehnliches kommt auch bei exceptiones in edicto propositae vor, z. B. L. 15. §. 5. D. quod vi aut clam L. 2. §. 1. D. quando de peculio vergl. mit Gajus IV. 118.

28) L. 10. §. 2. etc. D. h. t. Es ist hier immer zu verstehen, daß mit einer Privatklage ex delicto auf eine Geldsumme geklagt wurde, dawider konnte man nunmehr mit jeder Forderung, die ebenfalls auf eine Geldsumme ging, compensiren. Wenn ohne dieß von pensare und compensare einmal die Rede ist, so hat das den vulgären Sinn, ungefähr wie wir sagen, es geht gegen einander auf, eine juristische Compensation ist das gar nicht, und gehört daher gar nicht in diese Materie. Wenn z. B. beim judicium demoribus nach L. 39. D. solut. matr. eine Compensation eintritt, so sagt das nichts weiter, als wenn beide Ehegatten sich vergangen haben, so darf keiner den andern in Nachtheil bringen, denn dieß judicium setzt nothwendig voraus, daß Einer dem Andern den Vorwurf zu machen habe, Er sey allein Schuld an der Nothwendigkeit der Scheidung. Der in L. 39. cit. am Ende angeführte Satz: paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur ist durchaus kein juristisches Princip, am wenigsten für die wahre Compensation. Das grade Gegentheil liest man in L. 2. §. 4. und L. 13. §. 5. D. ad Leg. Jul. de adulter., auch mit dem Wort compensatio im Sinne des gemeinen Lebens, und in der Sache ebenfalls richtig, denn begreiflich können gegenseitige Verbrechen sich nicht einander aufheben, die

gel ohne jene Einschränkungen [29], jedoch immer noch mit der rechtlichen Möglichkeit für den magistratus oder judex die Compensation von dem grade vorliegenden Rechtsstreit zu entfernen, wegen derselben Billigkeit, die eben jene Regel gebildet und das ganze Institut eingeführt hatte.

Merkwürdig und aufklärend, wenn man erst einen richtigen Begriff der Sache gefaßt hat, ist nun aber noch eine Nachricht bei Gajus IV. 64., woraus man, ungeachtet der Lücke, so viel ersieht, daß bei den Argentarien etwas Eignes Statt fand, indem sie genöthigt wurden, wenn sie in ihren Geschäften klagten, die Compensation selbst schon in ihre Klagformel hineinzulegen, und zwar in den Theil

---

nicht mehr als Privatsache und als dem Privatinteresse unterworfen, sondern als Gegenstände öffentlicher Strafe zu betrachten sind. Aber die compensatio, die hier verworfen wird, ist gar keine juristische.

Dasselbe gilt, wenn in L. 36. D. d. dolo und L. 4. §. 13. D. d. doli et met. exc. bei einem gegenseitigen dolus in derselben Handlung begangen es schlechthin verworfen wird, dem Kläger einen Vortheil deshalb zuzugestehen. Das ist richtig, (vergl. L. 154. D. d. R. J.) aber gehört gar nicht unter die Regeln der juristischen Compensation, und sollte auch daher niemals in einem Compendium unter diesen stehn. Das ist eben so, als wenn man sagt, die in einem Contract begangene Schuld läßt sich nicht durch die Schuld des andern Contrahenten compensiren. Das ist richtig, wenn man das Wort unjuristisch nimmt, denn an sich wird eine Nachlässigkeit dadurch nicht schuldlos, daß der Andre bei einer andern Gelegenheit, aber in demselben Contractsverhältniß auch nachlässig war, die Nachlässigkeit kann völlig so groß seyn, wenn sie zufällig keinen Schaden anrichtete, so hebt sie jene, wobei man unglücklicher war, nicht auf; nimmt man es dagegen juristisch, so ist es nicht wahr, denn die pecuniären Wirkungen heben sich allerdings auf; dieses, nicht jenes gehört in unsre Lehre. Vergl. oben L. 10. pr. D. h. t.

29) Paulus R. S. II. 5. §. 3. vergl. L. 21. D. h. t.

derselben, welcher die Intentio hieß [30]). Der Zwang kann wohl in nichts Anderem bestanden haben, als darin, daß, wenn der Argentarius auch nur einen Heller mehr eingeklagt hatte, als ihm nach Abzug der Gegenforderung zukam, er die ganze Forderung verlor [31]). Mithin muß hier die Einrede der Compensation immer Statt gefunden haben. Woher nun dieß? Die Argentarien waren bekanntlich mit öffentlichem Glauben versehene Personen, bei denen insbesondere auch Geldumsätze von Privatleuten gemacht wurden, in ähnlicher Art wie bei unsern Banken. Bei ihnen dauerte jenes Buchhalten fort, was in der Zeit der Republik in der Gestalt von Hausbüchern allgemein gewesen war [32]), mithin mußten hier dem Stoff nach Contracte aller Art geschlossen und novirt werden können, und es fand dabei ein fortlaufendes Ab- und Zuschreiben, accepto-feriren und expenso-feriren und transcribiren Statt. Die Form aber wie dieß geschah, war stipulatio, contractus literalis, mutuum, also kam alles, oder doch das Meiste als stricti juris negotium zum Vorschein, nach der Regel hätte hier also auch keine Compensation eintreten sollen; allein dieß waren nun aber Verhältnisse, die ohne grade Societät zu seyn, doch das mit der Societät gemein hatten, daß dabei von Zeit zu Zeit eine abschließende Liquidation Statt finden mußte, und nach der ursprünglichen Absicht nichts zu zahlen war, bis diese geschehen. Daher ließ man hier eine exceptio von jeher zu, und den Argentarius, wenn er es dazu hatte kommen lassen, traf die Strafe der plus petitio.

Dieses eigene Recht der Argentarien wird mit einem

---

30) Gajus IV. 41.

31) Gajus ibid. §. 68.

32) v. Savigny über den Literalcontract der Römer. S. 10.

eignen Fall der deductio bei Gajus [33]) zusammengestellt, und damit in den zunächst hervortretenden practischen Beziehungen verglichen, und die Unterschiede sorgfältig angegeben. Beide haben zugleich viel Aehnlichkeit, und es ist wohl nicht zu kühn, wenn ich, ungeachtet diese sonst unbekannte deductio, was ihre innere Natur betrifft, durch die Stelle ein so spärliches Licht bekommt, dennoch behaupte, daß sie auch in dem Punkt, den ich bei den Argentarien hervorgehoben habe, ohne daß des Gajus Worte etwas davon sagen, dem Compensationenrecht dieser analog ist. So viel sehen wir, diese deductio ward als Einwurf der Klage des bonorum emptor entgegengestellt. Gajus denkt an den Fall einer bonorum emptio, da das Vermögen eines bösen Schuldners, der hier defraudator heißt, verkauft worden war. Dieß geschah, wie wir schon einmal an einem andern Ort in dieser Zeitschrift [34]) Gelegenheit hatten zu erwähnen, zu seiner Zeit noch so, daß das Vermögen als Ganzes dem, der die mehrsten Procente bot, addicirt wurde. Der bonorum emptor ward dann Universal-Successor, und auch die Forderungen gingen so wie die Schulden pro rata der gebotenen Procente, auf ihn über. Klagte er nun aber eine Forderung ein, so mußte er sich das abziehen lassen, was er erweislich defraudatoris nomine, d. h. vermöge der auf ihn übergegangenen Debit-Masse namens des Gemeingläubigers, dem Beklagten schuldig war. Der Grund nun lag, wie ich glaube, darin, daß die Idee der ganzen Güterübertragung die war, daß er sich mit Creditoren und Debitoren der Masse

33) Ibid. §. 65—68. Die Worte des §. 65. sind mit vieler Wahrscheinlichkeit von Unterholzner so ergänzt: Item ut bonorum emptor cum deductione agere cogatur placuit, ita ut in hoc solum adversarius condemnetur, quod superest, deducto eo quod invicem tibi defraudatoris nomine debet.

34) V. 1. S. 50. 51. 64.

verrechnen sollte, gerade wie in unserm Concurse, nur in andrer Form, eine Liquidation geschieht. Dabei war denn nicht bloß Geld gegen Geld, Getraide gegen Getraide, Wein gegen Wein u. s. w., sondern auch species und ebenfalls species gegen Geld und umgekehrt, zu liquidiren, indem die Sachen natürlich zu Geld angeschlagen wurden, was durch den Einzeln-Verkauf der Masse in unserm Concurse bewirkt wird, und hierin lag denn, wie Gajus §. 66. bemerkt, ein Hauptunterschied der deductio von der einfachen Compensatio. Ein andrer Unterschied (§. 67.) war, daß es bei der deductio nicht, wie bei der compensatio, auf Fälligkeit ankam, was gewiß dieser Art der deductio eigenthümlich war, und in unserm Concurse auf ähnliche Art vorkommen kann. Endlich lag auch ein Unterschied beider Institute (§. 68.) in der Form des Zwanges, indem die deductio vom Prätor in die Condemnations-Formel [35]) ohne Weiteres gesetzt wurde, sobald ein solcher Einwurf gemacht worden war, da denn die plus petitio nicht eintreten konnte.

Diese deductio findet sich im Justinianischen Recht nicht mehr, so wenig als die Compensation der Argentarien sich als etwas Eignes darin findet, sehr begreiflich, denn das Concursverfahren hatte sich ganz anders gestaltet [36]), und die Compensation war allenthalben gleichförmige Regel geworden. Uebrigens galt eine deductio auch noch in andern Fällen, z. B. konnte der bonae fidei possessor seine Forderungen an die Erbmasse deduciren, und dergleichen deductio findet sich auch noch im Justinianischen Recht, worauf aber gewiß nicht alle die Eigenheiten jener deductio, quae bonorum emptori objiciebatur, angewandt werden konnten [37]).

---

35) Gajus IV. 45.

36) Pr. J. de success. sublat.

37) Vergl. L. 31. §. 1. D. de H. P. L. 15. D. ratam rem ha-

Sehen wir noch einmal zurück in die Zeit vor Gajus, so können wir mit großer Wahrscheinlichkeit annehmen, daß das, was zu seiner Zeit von den Argentarien galt, ehemals, wenigstens bis auf einen gewissen Punkt, in allen den Schuldverhältnissen, welche auf den Hausbüchern römischer Bürger beruhten, Rechtens war.

Wo man auch zur Zeit, da Gajus die Institutionen schrieb, und früher sonst noch in einzelnen Fällen bei stricti juris negotiis eine exceptio compensationis zuließ, da galt auch gewiß im Ganzen dieselbe Behandlungsweise, wie bei den Argentarien. Als aber compensatio Regel wurde, da mußte denn auch die Strafe der plus petitio allemal eintreten, wo dieß nur überhaupt möglich war, also bei stricti juris negotiis immer, sobald nicht die exceptio compensationis remittirt (denegirt) oder überall unbegründet befunden wurde [38]). Bei bonae fidei judiciis konnte sie nicht eintreten, da bei diesen die intentio immer auf ein incertum ging, was am Ende der judex ex aequo et bono in ein certum zu verwandeln hatte.

Dabei darf denn aber nicht vergessen werden, was schon oben gelegentlich erwähnt worden, daß selbst bei bonae fidei judiciis, und wo bei diesen die gegenseitigen Forderungen aus demselben Verhältniß hervorgingen, so daß entweder beide durch directa actio, oder doch die eine durch directa, die andre durch contraria actio verfolgt werden konnten, z. B. aus Societät, Tutel, Geschäftsführung, wo also eine vollständige Auseinandersetzung und Liquidation allerdings im

---

beri. L. 24. C. famil. hercisc. L. penult. C. depositi. — Cujac. observ. XV. 12. — Ein Hauptfall war gewiß der, da der prätorische Erbe eine bonorum possessio *sine re* gehabt hatte, und während dieser Zeit Erbschaftsschulden bezahlt hatte, was aus leicht erfindlichen Gründen in der Justinianischen Zusammenstellung weggelassen ist.

38) Paulus R. S. II. 5. §. 3. in f.

Zweck lag, man doch dasjenige, was sich wegen zufälliger Hindernisse für jetzt noch gar nicht liquidiren ließ, erst aussetzte, nur mußte hier, indem die Gegenforderung ad separatum verwiesen wurde, vom Kläger *arbitratu* judicis, Caution geleistet werden, ein Mittelweg, der im Ganzen nur hier, aber auch hier immer vollkommen billig und recht ist [39].

Eine eigne Bewandniß hat es mit den actiones in rem. Daß die römischen Juristen, selbst noch die letzten Classiker und so weiter fort, es mit diesen anders gehalten, hinsichtlich der Compensation, wie mit andern Klagen, sieht man wohl deutlich genug aus L. ult. C. h. t. und §. 30. J. de action. Es kann dieß nur zur Frage kommen, wenn entweder die Hauptsache durch dolus oder während des Processes durch negligentia verloren gegangen war, und nun die aestimatio geleistet werden soll, oder es ist wegen Nebenprästationen eine aestimatio mit eingeklagt; dann können Gegenforderungen in Beziehung auf dieselbe Sache vorkommen, die an sich zur Compensation qualificirt sind, z. B. der Besitzer hat Verwendungen gemacht. Dennoch scheint hier keine eigentliche Compensation Statt gefunden zu haben, sondern es scheint nur Retentionsrecht und deductio zulässig gewesen zu seyn, welches letztere von einer Seite vortheilhafter, von der andern aber auch nachtheiliger seyn mogte, vornämlich vielleicht das Letztere in Hinsicht des Zurückrechnens, des ipso jure Eintretens in dem Sinne, wie es oben zu Anfang diese Abhandlung unter B. verstanden wurde [40].

39) L. 3. D. de tutelae (s. oben). L. 38. pr. D. pro socio. (Paul. ad Sabin.) Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei judiciis existimavit, sive generalia sunt, veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae; sive specialia, veluti mandati, commodati, depositi. Vergl. L. 41. D. de judiciis.

40) Es ist noch keine Stelle in den Pandecten oder in den frühern

Wie es nun aber mit diesem Zurückrechnen nach altem Recht in dem Fall gehalten wurde, wenn der Compensations-Anspruch abgewiesen von dem judicio entfernt wurde, ob dann eine condictio oder bloß die alte Klage Statt fand, darüber haben wir keine directe Auskunft. Nur daß die condictio bei bonae fidei contractus und par causa Statt gefunden, läßt sich nach dem, was schon vorgekommen, aus der oben excerpirten L. 10. §. 1. D. h. t. mit ziemlicher Sicherheit schließen. Wie es dagegen bei stricti juris negotiis oder wenn bei bonae fidei negotiis dispar causa war, eingerichtet wurde, darüber schweigen die Quellen gänzlich. So viel läßt sich aber aus Allem abnehmen, daß man zu diesem Zurückrechnen überhaupt mit allen seinen Wirkungen um so geneigter, und der allgemein billige Zweck desselben um so leichter zu erreichen seyn mußte, je häufiger die Compensationen bei entschiedener aequitas im Gericht zugelassen wurden. Je sichrer der Debitor darauf rechnen konnte, daß er gegen die Forderung seines Creditor, sich mit der seinigen an ihn, mogte diese nun selbst auch eine klagbare seyn oder nicht [41]), decken konnte im Gericht, wenn jener klagend gegen ihn auftreten würde, je gewisser er seyn konnte, die Klage dann niederzuschlagen, desto mehr mußte er von dem Augenblick der Fälligkeit beider Forderungen an als Nichtschuldner in allen Beziehungen erscheinen, und die compensatio der solutio schon dermalen im Effect gleich erscheinen. Den höchsten Punct mußte dieß schon dadurch erreichen, daß, so wie man immer bei den Civil-Klagen aus bonae fidei Contractus, sobald par

---

Constitutionen des Codex nachgewiesen worden, die von compensatio bei einer actio in rem spricht. Gajus erwähnt der actio in rem gar nicht, aber auch keiner actio ex delicto u. s. w. S. oben. vergl. Cujacii observat. XV. 12.

41) L. 6. D. h. t. (Ulpian.) Etiam quod natura debetur venit in compensationem.

causa war, auf jede billige Compensation durch den judex hatte rechnen können, nun auch durch ein Gesetz allgemein anerkannt wurde, daß auch sogar bei stricti juris judiciis die Compensation der bona fides wegen, wenn auch in Form einer exceptio der Regel nach zugelassen werden sollte, woran denn die Praxis sich bald mit allen noch übrigen Klagen anschloß, die actiones in rem etwa allein ausgenommen, bei welchen andrer Rechtshülfe wegen die compensatio nicht so sehr als Bedürfniß erscheinen mogte. Sobald dieß Regel war, so konnte die Form der exceptio keinen Unterschied mehr machen, da die Zulässigkeit der compensatio dadurch im Wesentlichen eben so anerkannt war, und wo sie grade unbillig und daher als exceptio doli nicht zulässig war, da konnte sie ja auch bei jenen bonae fidei judiciis vom judex unbeachtet gelassen werden. Nun konnte man auch hier mit Paulus [42]) sagen: nihil est, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, und mit Marcellus [43]): *desinit debitor esse* is, qui nanctus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem. — Ganz anders mußte sich dieß stellen in einer Zeit, wo bei einem großen Theil der Klagen, die Compensation der Regel nach nicht zugelassen wurde, und der Prätor nur in außerordentlichen Fällen, wo die Billigkeit ganz besonders hervortrat, zu diesem Zweck eine exceptio gewährte. Hier mußte das desinit debitor esse sehr unentschieden seyn, und es konnte das auch schwerlich so rückwärts beobachtet und das Condictionenrecht (man denke nur an die obligatio naturalis, um hier den Unterschied leicht zu bemerken) darauf angewandt werden. Aus diesem Gesichtspunkt betrachtet, kommen hier Formelles und Materielles wieder in Berührung, und wird nun gar das Formelle bei allen Klagen gleich ge-

---

42) L. 112. D. de R. J.

43) L. 66. de R. J.

macht, indem das Erforderniß einer exceptio im strengsten Sinn hinweggenommen wird, so entsteht leicht der Schein, als sey das nun alles zusammengewachsen und eins geworden, und sey nun mit dem Wort ipso jure über alles auf einmal entschieden, und die Zulassung der Compensation auch processualistisch allgemein und unumgänglich nothwendig geworden; da doch näher besehen das formelle ipso jure, nachdem eine exceptio regelmäßig gegeben wurde, gar nicht viel mehr bedeutete, das materielle ipso jure dagegen immer seine Bedeutung behalten mußte, da es auch mit Nichtzulassung der Compensation in dem Proceß der eingeklagten Forderung recht wohl bestehen konnte, und sich von der Zulassung unterschied wie der endliche zum augenblicklichen Effect. Diese Bemerkung schließt sich eng an die Auslegung der L. ult. C. h. t., welche Justinians Aenderung enthält. Ehe wir aber diese beginnen, wollen wir noch erst das Bisherige in einer kurzen Uebersicht zusammenfassen:

1) der sich anfangs gegen die Compensationen in vielen Fällen sträubende römische Proceß wurde endlich dahin geführt, daß sie mit einzelnen Ausnahmen regelmäßig darin zugelassen wurden.
2) Dieß geschah aber dennoch immer nur da, wo es mala fides und dolus gewesen wäre, sie augenblicklich zu verweigern, wo es dagegen billig war, sie vorerst unberücksichtigt zu lassen, da wurde sie im gegenwärtigen Proceß immer verworfen;
3) die Billigkeit der Zulassung mußte da vorzüglich hervortreten, wo par causa war, oder doch ähnliche Verhältnisse eintraten (wie beim argentarius), bei denen ebenfalls die Compensation gleich in der Absicht der Parteien lag;
4) wo dagegen impar causa war, und sich von Grund aus fremde Schuldverhältnisse einander berührten, da konnte leichter ein Billigkeitsgrund sich zeigen, die Compensation vorerst zu verwerfen.

5) ein Verwerfungsgrund konnte insbesondre auch in der Illiquidität der Forderung, mit welcher man compensiren wollte, liegen, mogte nun die eingeklagte Forderung schon eingestanden oder auf der Stelle erwiesen seyn, oder auf einer res judicata beruhen, oder aber mogte der Beweis derselben leicht und wahrscheinlich, der der Gegenforderung aber schwierig und unwahrscheinlich sich darstellen. Ein solcher Grund mußte aber nach der Natur der Sache viel eher Gehör finden bei dispar causa, als bei par causa und was dem ähnlich; wo aber auch bei par causa derselbe beachtet werden mußte, da war denn die ursprüngliche Absicht in so weit doch aufrecht zu erhalten, daß man den Kläger caviren ließ;

9) diese Verwerfung hinderte nun aber, nachdem die Compensation allgemein geworden („postquam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari“), niemals, im endlichen Effect, z. B. wenn es Noth that durch condictio, die Compensation dennoch durchzusetzen, sobald sich neuerdings gezeigt hatte, daß die Gegenforderung wirklich gegründet sey.

Dieses müssen wir, da es in der Natur dieses Instituts, welches sich fast durchaus nun hatte geltend gemacht, wesentlich gegründet ist, da sich in den Ueberbleibseln des classischen römischen Rechts nichts findet, was dieser Natur, außer den anfänglichen, bloß formellen Schwierigkeiten, widerstreitet, da vielmehr deutliche Symptome, wie wir glauben nachgewiesen zu haben, vorhanden sind, daß die Römer dieses Wesen der Compensation richtig begriffen hatten, und es immer mehr im Einzelnen und Ganzen in der Anwendung hervortreten ließen, indem die Gesetzgebung hier nicht willkührlich durchgriff, sondern nur zu Hülfe kam, — als den Rechtszustand am Ende der classischen Periode annehmen; und da die auf diese Periode folgenden Kaiser, so viel vorliegt, Justinian ausgenommen,

auf dieses nun schon ausgebildete Institut keinen bedeutenden Einfluß scheinen gehabt zu haben, so können wir nun gleich zu der Frage übergehen:

was hat Justinian in diesem Rechtszustande geändert?

Die Frage beschränkt sich lediglich auf die L. ult. C. de compensationibus, denn in dieser ist Alles enthalten, §. 30. J. de act. und Theophilus ad h. l. sind nur Auszüge und Hülfsmittel zur Interpretation.

Wir wollen uns hier erst einmal ganz allein an die L. ult. selbst halten, da wir sie in extenso besitzen. Dabei dürfen wir von der Interpretationsregel ausgehen, daß, ungeachtet Justinian hier wohl etwas Neues vorschreiben wollte, wir doch dieses nur da annehmen und so weit ausdehnen müssen, als es seine deutliche Absicht war, am wenigsten aber im Zweifel seinen Worten einen Sinn unterlegen dürfen, welcher dem bis dahin gültigen Recht in Verein mit der Natur und dem Wesen des Gegenstandes selbst, von dem er redet, gradezu widersprechen würde. Dann soll uns aber auch die Bemerkung leiten, welche leicht jeder gemacht hat, der mit Verstand Justinianische Constitutionen öfterer gelesen hat, daß seine Vorschriften selbst, obgleich sie nicht allemal rein und sicher bestimmt sind, doch meistens der Sache und der Wortstellung nach besser sind, als die von ihm hinzugefügten Gründe derselben; was sich schon daraus erklärt, daß er meistens zunächst und dem practischen Zweck nach recht gut wußte was er wollte, aber dagegen an technischer Bildung einen großen Mangel litt. Dieß zeigt sich denn auch noch namentlich in dem, was so ziemlich der allgemeine Character der Edicte byzantinischer Kaiser ist, daß der Verfasser des Gesetzes, bei allem Streben, die eigentliche Verfügung generell zu fassen, sich doch nicht aus dem einzelnen Fall, der die Veranlassung dazu hergab, recht herauszuwickeln verstand.

Fragen wir nun erst, was hat Justinian denn eigentlich **verfügt**? Das Hauptsächlichste, was er auch voran stellt, ist offenbar

1) daß fortan bei **allen** Klagen, ohne Unterschied, ob sie in rem oder in personam seyen, die Compensation ipso jure eintreten solle:

»Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.«

Was nun folgt, erscheint nur als nähere Bestimmung, wie schon die Verbindungspartikel zeigt. Nämlich es wird nun verfügt:

2) daß die Compensationen nur dann mit Erfolg sollten vorgeschützt werden dürfen, wenn die Forderung, worauf sie beruhten, **liquid** sey:

„Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit;“

und daß daher die Richter eher strenge als weich gegen die Compensationen seyn, und diese lieber in einen besondern Proceß verweisen sollten.

Daß in der ersteren, in der Hauptverfügung in so fern eine Neuerung lag, als nun auch bei allen actiones in rem die Compensation zugelassen wurde, ist nach dem Obigen unzweifelhaft. Von dem eingeschlossenen ipso jure noch unten und für sich allein.

Ob aber auch in der zweiten eine Neuerung anzunehmen sey, hängt noch von mehrern Betrachtungen ab. Nach der ganzen Fassung sollte man das schon nicht glauben, da es fast nur als eine Warnung davor an die Richter ausgesprochen ist, den erstern Satz durch Mißverständniß in Unbilligkeit zu verdrehen, da es dabei vielmehr auf Billigkeit abgesehen sey. Könnte man jedoch das von ihm allgemein aufgestellte Requisit einer causa liquida ganz so verstehen, wie wir bisher die Liquidität genommen haben, so daß nun also Unzweifelhaftigkeit auf der Stelle allemal absolutes Erfor-

derniß seyn sollte, so würde hier allerdings eine große Neuerung seyn, die denn aber auch in vielen Fällen, und in allen, wo par causa wäre, gegen die Natur aller Compensation zur herbsten Unbilligkeit führen würde. Im Zweifel dürfen wir also dieses nicht annehmen. Gewiß ist aber auch, daß jener allgemeinen Verfügung, wie sie unter Nro. 2. aufgestellt worden, in dem Gesetz selbst nirgends eine Bedingung hinzugefügt, und namentlich nirgends gesagt worden ist, daß das Erforderniß der Liquidität nur alsdann eintreten solle, wenn die Klage auch liquid oder schon vollständig bewiesen, oder die Einrede der Compensation erst post litem contestatam, oder kurz vor oder gar nach dem Urtheil, mit einem Wort zu spät oder doch besonders spät vorgeschützt worden. Denn alles, was noch außerdem vorkommt, besteht entweder aus erläuternden Worten, oder es sind Gründe, die dem Richter ans Herz gelegt werden, oder Folgerungen aus der Regel, oder endlich eine geringe Ausnahme für ein einzelnes Genus von Fällen.

Es fragt sich also nur noch, wie hat Justinian das liquida causa gemeint? er erläutert es selbst durch die gleich auf die oben angeführten folgenden Worte:

> »et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare.«

Diese Worte bilden also den reinen Gegensatz von liquida causa, und so kann Liquidität hier nicht durchaus so viel seyn, als Unzweifelhaftigkeit gleich auf der Stelle. Illiquid ist Justinian nur, was zu unbilligen Weiterungen und Zögerungen führen würde, indem der Richter ex aequo et bono auf einen raschen Schluß und Ausgang zu sehen hätte, was er nachher »moratoriae ambages« und »compensationes, quae majorem et ampliorem exposcunt indaginem,« nennt. Liquidität wäre also in diesem Sinne auch alsdann vorhanden, wenn zwar noch ein Beweis der Einrede zu führen wäre, aber dieses im Verhältniß zur Klage

nicht als eine unbillige Weiterung, und als ein ungerechter Aufschub angesehen werden könnte. So angesehen liegt also in dieser Bestimmung wirklich nichts Neues, sondern eben ganz das Alte. Es ist nur darin eine Warnung an die Richter ausgesprochen, daß sie aus der Erweiterung der Compensationen im allgemeinen, und der Anerkennung, daß sie ipso jure eintreten müßten, nicht etwa auf eine übergroße Geneigtheit sie als Einrede in jedem Proceß, auch da, wo es gegen die Billigkeit stritte, gleich zuzulassen, schließen sollten. Wo die Billigkeit zweifelhaft sey, da müsse man eher streng als nachsichtig gegen die Compensation seyn.

Das auf die zuletzt angeführten Worte Folgende widerstreitet dieser Auslegung keinesweges. Um es im rechten natürlichen Sinne zu nehmen, darf man sich nur denken, Justinian ward durch einen besondern Fall, der sich bei einer actio in rem ereignet hatte, veranlaßt, diese Constitution zu geben. Es war darüber gestritten worden, ob bei einer solchen Klage überhaupt die Einrede der Compensation zulässig sey. Dann war aber auch grade der noch bevorstehende Beweis der Einrede in Schwierigkeiten eingewickelt, während der Beweis der Klage schon so gut wie geführt war, so daß sich ohne jene durch die Einrede hineingezogenen Verwicklungen eine baldige Beendigung des schon eine geraume Zeit geführten Rechtsstreits vorher sehen ließ; und nun war erst der Beklagte mit seiner Compensation hervorgetreten:

> „cum res jam fuerit approbata“ — „tunc ex altera parte, quae jam *pene* convicta est opponi compensationem jam certo et indubitato debito — — — litem autem pristinam jam pene expeditam.“

Justinian entschloß sich nun, eine Verfügung darüber ergehen zu lassen, daß der in Streit gezogene Unterschied zwischen actiones in rem und in personam fortan in dieser Beziehung ganz irrelevant seyn sollte; zugleich wollte er aber

auch darauf aufmerksam machen, daß man, so allgemein auch sonst Compensationen nun Statt finden sollten, sie doch nicht gegen alle Billigkeit auch da zulassen sollte, wo sie Veranlassung zu ungerechten Verzögerungen seyn könnten. Nachdem er nun seine beiden allgemeinen Vorschriften hierüber ausgesprochen, taucht er gleich in dem ihm noch vor Augen befindlichen Falle unter, und holt daraus die Admonition hervor, zu welcher beklagenswerthen Ungereimtheit und Unbilligkeit (satis enim miserabile est etc.) es hinführen würde, wenn man gegen seine aus der Natur der Dinge geschöpfte Vorschrift handeln wolle. Wenn Justinian daher nun hier, theils um seine zweite Vorschrift zu motiviren, theils um den Richter zur Befolgung derselben desto nachdrücklicher zu bewegen, die Sache auf die Spitze stellt, und grade den eclatantesten Fall, wo die Unbilligkeit recht hervortritt, nennt und ihn nun bis zu Ende aus in der Erinnerung auffrischt, so ist doch nicht der mindeste verständige Grund vorhanden, bei ihm die Absicht vorauszusetzen, daß er dadurch seine Anfangs allgemein ausgesprochene Vorschrift: kein Richter soll Compensationen, die durch Illiquidität zu unbilligen Weiterungen führen, zulassen, wieder habe auf besondre Fälle beschränken wollen, z. B. auf den Fall, wo dermalen der Proceß schon lange gedauert habe, wo der Beweis der Klage schon gänzlich geführt worden, wo das Urtheil ohne dieß gleich gefällt werden könnte, wo aber die Einrede **nun erst** bei ganz unzweifelhafter Sache opponirt worden. Wenn man nur unbefangen die Constitution durchliest, so kann man dieß unmöglich als seine Meinung annehmen. Was er am Schlusse sagt, ist bloß Folgerung aus seinem Princip für einen Fall, wo es eben recht arg wäre, es anders zu machen, als er allgemein wollte. Daß die Wendung, die Justinian hier genommen, um seinem Gesetze Nachdruck zu geben, zu Misverständnissen führen kann, will ich wohl glauben, und wir haben es erlebt, aber man sollte sich doch bei diesen Misverständnissen nicht über die Gebühr aufhalten, oder sie so wich-

tig nehmen, als könnte das ganze Gesetz dadurch zweideutig und unbrauchbar werden. Und wäre es denn das, so würde alsdann ja doch nichts Anderes übrig bleiben, als zur Natur der Sache und dem alten Recht, so weit es uns erkennbar ist, zurückzukehren.

Sehen wir nun auf das im Anfange der Constitution befindliche »ipso jure« zurück, so ergibt sich zuförderst, daß nach dem im Anfange dieser Abhandlung bezeichneten Sprachgebrauch, dadurch sowohl das unmittelbar im Augenblick der Fälligkeit eintretende Aufheben der obligationes durch einander und das damit zusammenhängende Zurückrechnen (sub B.), als die Entbehrlichkeit einer exceptio im Sinne der Classiker, ausgedrückt seyn kann. An sich läßt sich also denken, daß eines oder das andre damit bezeichnet werden sollte, oder daß auch beide darin zusammengefaßt waren. Dieß letztere ist nun das, was ich am meisten anzunehmen geneigt bin. Im Grunde ist das auch die gewöhnliche Ansicht, nur daß man dann öftrer versäumt hat, sich die beiden, wie wir gezeigt haben, in der That verschiednen Bestandtheile, wenn ich mich so ausdrücken darf, dieses ipso jure, deutlich zu machen, und höchst wahrscheinlich hat Justinian sie sich selbst nicht deutlich gemacht. Es ist allerdings möglich, daß er dabei allein an den Gegensatz von ope exceptionis dachte, dann konnte er, da zu seiner Zeit die regelmäßige Trennung des magistratus vom judex längstens nicht mehr Statt fand, nur so viel haben sagen wollen, daß es, um die Compensation zuzulassen, keiner besondern Instructionsformel bedürfte. Da müßte es denn, wie in Klammern gestellt gedacht werden: bei allen Klagen sollen, versteht sich jetzt ohne daß jemals eine exceptio (im alten Sinne) erfordert würde, Compensationen zulässig seyn. Auf „omnibus actionibus“ muß auch allerdings der Hauptnachdruck gelegt werden, denn darin lag die eigentliche Neuerung, in dem ipso jure, man mag es verstehen wie man will, konnte sie nicht liegen, da dieß in jedem Sinn schon vorher Statt gefunden hatte, so weit als Com-

pensationen überhaupt reichten. Dennoch glaube ich, daß der eben angegebene Sinn, in dieser Beschränktheit auch gar zu dürftig seyn würde, eben weil sich das von selbst verstand. Daß hier vielmehr das zweite ipso jure mit einbegriffen sey, wird theils wahrscheinlich durch die mehrern Stellen in dem Pandectentitel, wo es, wie wir gezeigt haben, diesen Sinn hat; theils war es so leicht beide in Gedanken zusammenfassen, weil sie, wie oben gezeigt worden, einen Berührungspunct haben, und daher so leicht der Schein entsteht, als könnte man sie in einen Begriff, wie in ein Wort, verschlingen, ja als wären sie eins und dasselbe; endlich gewinnt aber auch das in §. 1. der constitutio folgende ein neues Licht dadurch, wenn wir das materielle ipso jure hier mit gelten lassen, denn so hatte Justinian um so mehr Veranlassung, darauf aufmerksam zu machen, daß wenn es auch gemeint sey, Compensation gehe in Beziehung auf Forderungen aller Art von selbst schon im Augenblick gegenseitiger Fälligkeit vor sich, dieß doch keinesweges schon über die absolute Zulässigkeit im ersten Proceß entscheide, indem ja dadurch, daß dieselbe von diesem, um Aufhalt zu vermeiden, entfernt werde, noch nicht folge, daß sie nicht durch einen zweiten Proceß endlich durchgesetzt und dann zurückgerechnet werden könne [44]. Wenn er dieß Zurückrechnen auch nicht wörtlich vorschreibt, so liegt das dann doch im tenor seines ganzen Gesetzes.

Mich dünkt, es ist ganz klar, daß sein Gedanke der war: Compensation ist durchaus billig [45], sie soll allenthalben und

44) Als ein Nebengrund möchte es gelten können, nämlich um zu zeigen, daß sein Gedanke grade nicht auf jenen alten Unterschied der bonae fidei judicia (ipso jure) und stricti juris judicia (ope exceptionis), um ihn, als nunmehr unerheblich darzustellen, fixirt war, — daß er im Verfolg seiner Rede den Ausdruck *jure stricto* in einem ganz andern, damit gar nicht zusammenhängenden Sinne gebraucht.

45) Nur weil es bei der depositi actio allgemein ihm unbillig schien, nahm er diese, wie nach altem Recht, allein aus, vergl. §. 30. J. de act. in f.

auf alle Weise nach dem Recht geltend gemacht und am Ende durchgesetzt werden können, ohne daß man sich dabei, wie ehemals wohl, unnöthig formalisiren soll. Aber allerdings kann es auch unter Umständen eben billig seyn, im ersten Proceß, wo eine der Forderungen eingeklagt worden, zuförderst einmal so zu verfahren, als existire gar keine Forderung und gar keine Compensation u. s. w. In Hinsicht dieses letzteren Punctes, der den §. 1. ausfüllt, hat Justinian die Einrede der Compensation, welche von der Compensation selbst, die (materiell) ipso jure geschieht, noch verschieden ist, offenbar auszeichnen wollen, wie sie freilich vorher schon ausgezeichnet war, und nach der Natur der Dinge immer bleiben wird.

Nehmen wir nun noch den §. 10. t. de actionib. und seinen Commentator zur Hand, so kann er nichts gegen diese Auslegung beweisen. Daß hier die Verfügung des Kaisers mit der Erzählung zusammengestellt wird, wie Mark Aurel eine exceptio doli für Compensation bei manchen Klagen einführte, beweist gar nicht, daß nur allein dieß mit dem ipso jure der Constitution als entgegengesetztes gemeint sey. Ohnehin ist diese Verbindung eben so zufällig, als die worin §. 39. eod. noch einmal von Compensation die Rede ist, die bei Gajus l. c. ist wieder eine andre. Ein solches Anknüpfen kann am wenigsten entscheiden, und wir leugnen ja auch nicht, daß Justinian bei dem ipso jure zugleich die alte nun überflüssige Form, auch vorschwebte, wodurch denn freilich vollends unmöglich wird, bei §. 1. an den Fall zu denken, da die Einwendung der exceptio vor dem magistratus versäumt worden war (s. den Anfang dieses Aufsatzes). Theophilus zu diesem §phen stimmt vollkommen mit unsrer Erklärung des ipso jure überein, denn er erläutert es offenbar dadurch, daß die Klage (i. q. die Forderung) meines Gläubigers, sobald mir eine Forderung dagegen entstände, vermindert werde. Davon noch unten.

Was nun aber den übrigen, und den Hauptinhalt der Constitution betrifft, so wären wir freilich zu beklagen, wenn wir diese nicht selbst hätten, sondern sie, wie in manchen andern Fällen, allein aus dem Institutionen-Excerpt und dessen Commentar kennen lernen sollten. Der Verfasser der Institutionenstelle hat sich offenbar bestrebt, die Hauptvorschrift des principium der Constitution und die näher bestimmende Vorschrift des §. 1. derselben, in einen Satz zusammenzufassen, obgleich dieß, so viel ich sehen kann, gar nicht thunlich ist. Es heißt da:

»sed nostra constitutio easdem compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque, excepta sola depositi actione etc.«

Hier ist durch das Einschiebsel: quae jure aperto nituntur alles in Eins gezogen. Irre ich nun nicht, so hat dieses Einschiebsel mehr Mißverständniß und Irrthum erregt, als die doch keinesweges musterhafte Fassung der Constitution selbst, wenn man diese erst unbefangen für sich allein gelesen und studirt hätte, jemals zu erzeugen im Stande gewesen wäre. Jene vier Worte können auf dreierlei Weise ausgelegt werden:

1) so, daß sie sich bloß rückwärts auf compensationes beziehen, wie ein hinzugefügtes Prädicat zu diesem Worte, nur alle Compensationen in genere so zu bezeichnen, daß sie liquid seyn müssen. Dieß würde, dünkt mich, auf den Wortzusammenhang gesehen, die gezwungenste Erklärung seyn: »unsre Constitution nahm mit den Compensationen, welche überhaupt liquid seyn müssen, die Erweiterung vor, daß ꝛc.« Sieht man aber auf die Sache, so würde dieß dem wahren Sinne der Constitution am nächsten kommen, nur würde doch wieder das »jure aperto« nicht gut das ausdrükken, was Justinian sich im Zusammenhang seiner Verordnung unter »causa liquida et non multis ambagibus innodata« dachte. Durch jenen Ausdruck, wird man alsdann allerdings

leicht auf die Vermuthung geführt, als habe Justinian absolut und immer Liquidität auf der Stelle verlangt,

2) man kann die Worte auf das gleich folgende „latius introduxit“ und hinfolglich ferner auf sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque beziehen: unsre Constitution hat die Compensationen weiter ausgedehnt, auch bei allen actiones in rem, und überhaupt und ohne Unterschied bei allen Klagen sollen sie eintreten, aber nur die sind so erweitert, welche liquid sind. Hiernach würde das Erforderniß der Liquidität sich lediglich auf die Erweiterung beziehen, gar nicht auf die Compensationen, die vorher schon Statt gefunden hatten, also nur auf die compensatio bei actiones in rem, und bei diesen würde denn auch das Erforderniß absolut behauptet seyn. — Nach dem Wortzusammenhang scheint mir dieß die natürlichste Auslegung zu seyn, wenn man nur die sachliche Bemerkung hinzunimmt daß hierin, und nur hierin die Erweiterung bestand, daß Justinian die actiones in rem hineinzog. Aber freilich wer wird das aus der Constitution selbst herauslesen, in welcher Justinian in princ. sagt, Compensationen sollen bei actiones in rem ganz so gut wie bei actiones in personam und ohne allen Unterschied Statt finden; dann aber in einem besondern allgemeinen Satz fortfährt: „Ita tamen compensationes objici jubemus etc.?“ Wenn er hier etwas Besondres für die Compensationen bei actiones in rem hätte vorschreiben wollen, so daß hier doch noch, gegen das, was er selbst in princ. gesagt hatte, ein Unterschied bleiben sollte, wie hätte er vermeiden können, zu sagen: ita tamen compensationes *actionibus in rem* objici jubemus.

3) es kann auch dieser Zwischensatz auf das *ipso jure* minuere actiones bezogen werden, so daß nur, wenn dieß eintreten sollte, nach dem Gesetz Liquidität erforderlich seyn müßte, dann aber auch immer. Da würde denn gleich im Wortzusammenhang das „latius introduxit“ im Wege

stehen, dieß müßte nothwendig hineingezogen werden: liquide Compensationen seyen durch das Gesetz weiter ausgedehnt worden, so daß sie nun ipso jure eintreten sollten ꝛc. Nun konnte hierin aber keine Ausdehnung liegen, sondern höchstens eine Verstärkung, zu Justinian's Zeit konnte das überhaupt keine Veränderung, mehr seyn, da alles, was damals an Compensation zugelassen wurde, ipso jure wirken mußte. Im übrigen ließe es sich wohl mit dem Wortsinn vereinigen. Aber welches ipso jure sollte hier denn gemeint seyn? das formelle? Das paßte am besten in den Zusammenhang mit dem im §. 30. Vorhergehenden: zu Mark Aurels Zeit war da noch ein Unterschied, wo nun aber Liquidität ist, da soll von nun an dieser Unterschied wegfallen, also doch nicht immer, und zu Justinians Zeit nicht? und was hat denn das mit dem gleich folgenden Gegensatz von actio in rem und actio in personam zu schaffen? Oder soll das materielle ipso jure gemeint seyn? Das hat ja offenbar nichts mit der Liquidität zu thun, denn wie könnte deshalb meine Forderung die des andern weniger an sich aufheben, weil ich sie zufällig nicht gleich beweisen kann? Das kann ja immer nur einen processualistischen Unterschied machen. — Dennoch liegt diese Auslegung Donell's Theorie zum Grunde. Er dachte sich die Sache so: nach altem Recht war niemals Liquidität erforderlich, denn da man nach diesem immer die Compensation per modum exceptionis opponiren mußte, — (freilich ist es nun vollends klar, daß dieß falsch sey, denn bei bonae fidei judiciis war es gar nicht so), — so mußte man auch immer zum Beweise dieser Exception gelassen werden, — (ein Schluß, der durch nichts begründet ist), — das Requisit der Liquidität rühre daher bloß von dem neuesten Recht her. Vinnius [46]) hat diese Ansicht vollends auf die Spitze getrieben: nach altem Recht habe man die Compensation gleich bei der Litiscontestation excipiren müssen, — (ganz irrig, theils da in

46) Quaest. sel. I. 50.

bonae fidei judiciis dieser Einwurf noch vor dem judex gemacht werden durfte, und die litis contestatio *in jure* geschah, theils da es nach dem Obigen entschieden ist, daß sie schon nach altem Recht der actio judicati entgegengesetzt werden konnte), nun habe Justinian dieß dadurch geändert, daß er sie ipso jure, d. h. ohne exceptio eintreten lassen, so dürfe sie denn nun auch noch post rem judicatam opponirt werden, und da, aber auch nur da sey Liquidität erforderlich.

Auch die Art, wie Theophilus den §. 30. wiedergegeben hat, scheint sich am besten zu dieser Auslegung zu passen. Er sagt: die Constitution besiehlt, offenbare und unzweifelhafte Compensationen (τὰς σαφεῖς καὶ ἀναμφιβόλους κομπεσσατίωνας) sollen ipso jure die Klage, (d. i. die Forderung) herabsetzen, sie mag nun in rem etc. Hier erscheint wirklich die Liquidität im strengsten Sinn als unerläßliches Erforderniß, aber grade in Beziehung auf die ipso jure eintretende Wirkung; das latius introduxit ist ausgefallen, und so hat hier Theophilus den schon zu viel umfassenden Hauptsatz der Institutionen noch mehr concentrirt, wodurch denn eine gewiß falsche Auslegung noch mehr erleichtert wird. Merkwürdig ist nun sein hinzugefügtes Beispiel, was die Sache aufklären soll, indem darin das ipso jure nicht formell, sondern eben materiell genommen wird: Einer hat eine Klage gegen mich, sagt er, mag sie nun strict oder bonae fidei seyn, sie geht auf 10 Ducaten (so wollen wir sagen, da ja „Goldstücke“ keinen bestimmten Münzwerth ausdrückt), er ist mir aber 3 Ducaten dagegen schuldig, hier wird schon nach dem Recht, sobald das Gegenschuldigseyn eintritt (αὐτῷ τῷ νόμῳ ἅμα τῷ ἀντεποφειληθῆναι) die Klage gegen mich (ἡ ἀγωγὴ, offenbar nicht so viel als schon angestellte Klage, sondern so viel als klagbare Forderung, wie auch in Justinians Constitution actio gemeint ist) um 3 Ducaten vermindert. Freilich wie ungereimt, dieß mit absoluter Liquidität schlechthin in Verbindung zu

bringen! Doch aber erregt dieß gleich die Vermuthung, daß auch Justinian, der diese Verbindung so nicht hat, bei ipso jure auch an etwas Materielles dachte, und so unzuverlässig sonst Theophilus hier ist, so kann er dieß doch wahrscheinlich machen, denn dieß ist bei ihm ein reiner Zusatz, kein oberflächliches Uebersetzen ohne deutlichen Gedanken, wie der vorhergehende Satz, und wie kam er nur auf diesen Begriff des ipso jure, wenn dieser nicht zu seiner Zeit den Juristen geläufig war, gewiß am geläufigsten mußte er ihnen seyn, da die formelle Bedeutung so wenig mehr zu bedeuten hatte. — Zu §. 39. nimmt er die Sache wieder anders, und hier hat er die mehrste Selbstthätigkeit gezeigt. Das ex eadem causa, wie schon erwähnt worden, hat er hier rein gestrichen; wie es auch richtig war. Er will aber das plerumque, was er ἐπὶ τὸ πλεῖστον übersetzt, erklären, und so meint er, daß die Compensation nicht durchaus und allemal bewirke, daß der Kläger weniger bekomme, als seine Forderung betrüge, liege darin, daß wenn zufällig die zur Compensation gestellte Gegenforderung nicht klar und gewiß sey, der Kläger dennoch das unverkürzte Ganze mit Recht verlangen werde (ἐὰν συμβῆ μὴ σαφὲς εἶναι τὸ εἰς κομπεσσατίωνα ἀντιτιθέμενον χρέος, οὐδὲν ἧττον ὁ ἄκτωρ ἀπαιτήσει τὸ χρέος ὁλόκληρον). Also hier wird die Liquidität zwar ebenfalls absolut, aber auch processualistisch und allgemein, ohne Beziehung auf ein beschränkendes ipso jure, genommen. Und gegen die Absolutheit bietet sich von selbst der practische Einwand dar, daß dann wohl schwerlich die Herabsetzung des Eingeklagten gewöhnlich und meistens eintreten werde, da es sich in der That viel öfterer trifft, daß die Gegenforderung nicht gleich auf der Stelle, d. h. so wie sie eingewandt wird, liquid gemacht werden kann. Indeß läßt sich diese Stelle wohl allenfalls so verstehen, daß die Liquidität, die Gewißheit der Gegenschuld nur im natürlichen Laufe des Processes eintreten müsse, und da würde dieß denn öfterer vorkommen können, und

es vertrüge sich der Sinn nicht übel mit dem Gesetz, wie es Justinian gegeben hatte.

Der ganzen Auslegung des §. 30. aber, wie wir sie unter Nro. 3. als möglich dargestellt haben, steht entgegen, daß dann die Justinianische Constitution ganz untreu wiedergegeben ist, denn alles, was in §. 1. über die Liquidität gesagt ist, ist dort nirgends auf das ipso jure im principium bezogen und beschränkt worden. Könnte man auch annehmen, daß die ganze Vorschrift über die Liquidität auf den Fall ginge, da kurz vor Ende des Rechtsstreits oder noch später (wo steht denn aber nur irgend etwas von einem *post* rem judicatum im Gesetz? der Richter soll ja vielmehr noch litem sententia terminali componere, ohne sich durch die Compensation hindern zu lassen) die Compensation vorgeschützt würde, so würde es ja doch ganz falsch seyn, sich dieß auf eine ausgezeichnete Weise als ipso jure zu denken, als sey grade erst in den übrigen Fällen eine exceptio nothwendig und hinreichend. Also hätten hier wieder die Institutionen etwas ganz anderes referirt, als in dem Gesetz selbst enthalten ist.

Wenn man es in dieser Art nur anfangen will, so kann man mit den Institutionen und der Paraphrase in der Hand jede Theorie vertheidigen. Aber was konnte denn unsre Gelehrten bewegen, so vieles Gewicht auf ein verunglücktes Excerpt und eine noch unglücklicher gerathene Uebersetzung desselben ins Griechische zu legen? Wir haben doch nicht so großen Mangel an solchen Verkürzungen in unsern Compendien, ohne daß man sich sehr darüber ereifern darf, da wir ja immer noch die Quellen besitzen, um uns aus ihnen besser zu belehren.

Eine so weitläuftige und ermüdende Interpretation dieser Texte würde ich aber gewiß nicht mir haben zu Schulden kommen lassen, wenn nicht die so häufigen und, wie ich innig überzeugt bin, aller Regel trotzenden Mißverständnisse, es zum Bedürfniß gemacht hätten, jeden einzelnen Punct für

sich zu beleuchten, so daß mir der Leser wohl einige Breite hier verzeihen mag.

Lassen wir uns nun aber durch die offenbar fehlerhafte Darstellung in den Institutionen und im Theophilus nicht stöhren, so bekommen wir für das Justinianische Recht ein reines Resultat:

1) Die Compensation ist jetzt ohne Unterschied der Klagen zulässig. In diesem Punkt kommt sie also jetzt mit der solutio überein.

2) Das ipso jure ist jetzt formell bedeutungslos, denn eine exceptio im alten Sinn ist nicht mehr zu denken. Auch kann dieß nicht so verstanden werden, als müßte der Richter ex officio die durch die Compensation eingetretene gegenseitige Zerstöhrung der beiden Forderungen durch einander beachten, denn nirgends hat das Gesetz etwas so Ungereimtes vorgeschrieben. Hierin liegt wieder ein Unterschied von der *solutio*, der in einzelnen Fällen bedeutend seyn kann. Wenn z. B. jemand den Richter anginge, und sagte: B ist mir 1000 Rthlr. pretium schuldig, er hat mir zwar 500 Rthlr. darauf bezahlt, er hat sie mir aber nicht zur rechten Zeit bezahlt, und er ist mir ohnehin noch aus andern Gründen schuldig, ich bitte ihn daher schuldig zu erkennen, mir die 1000 Rthlr. pretium zu bezahlen, so müßte ein solches ineptes Libell auf der Stelle vom Richter zurückgewiesen werden. Anders wäre es, wenn er sagte: ich bin ihm zwar auch 500 schuldig, will diese aber nicht abziehen, da ich sie ihm ferner verzinsen will. Hier käme es immer auf die Erklärung des Beklagten an, ob er sich dies will gefallen lassen, und vielleicht bloß über die Existenz der eingeklagten Forderung, mit Beiseitsetzung seiner Gegenforderung streiten. Das muß ihm freistehn. Wie auch immer im Verlauf des Rechtsstreits die Compensation zum Vorschein komme, wenn sich keine Partei darauf beruft, so darf der Richter darauf keine Rücksicht nehmen. Niemals verliert auch der Beklagte dadurch seine

Gegenforderung, daß er sie nicht zum Zweck der Compensation vorschützt, wie könnte ihm dieß zur Pflicht gemacht seyn, da er ja zu besorgen hat, daß ihm die Einrede verworfen werde, und alle Voreiligkeit beim Zulassen derselben dem Richter in L. ult. so streng untersagt ist?

3) Das materielle ipso jure gilt dagegen jetzt im vollsten Umfange. Dieß hat aber nichts zu thun mit der rein processualistischen Frage, ob der Einwurf der Compensation im ersten Rechtsstreit zu beachten sey. Ist sie in diesem verworfen, so liegt es ganz im Geist des Justinianischen Gesetzes, welches nur unbillige Verzögerungen entfernen wollte, und im Sinne des zu seiner Zeit geltenden Rechts, vermöge eines besondern zweiten Rechtsstreits alle Wirkungen der Compensation nun noch hinterher zu realisiren, und zwar so, daß sie auf den Augenblick zurückgezogen werden, in dem die beiden Klagen, d. h. die fällig gewordenen Forderungen entstanden. Dieß steht im Ganzen der *solutio* völlig gleich. Es lassen sich hier aber unterschiedliche interessante Fälle denken. Wir wollen nur ein paar vorlegen. Der Kläger klagt die Forderung ein, zieht sich aber gleich die Gegenforderung ab. Der Beklagte will aber gerade von dem Abzug nichts wissen, und bloß über die Forderung streiten, er sagt, ich habe noch mehr zu fordern, und will auf jeden Fall nicht halb bezahlt seyn, das wollen wir aber als altioris indaginis bei diesem Rechtsstreit ganz auf sich beruhen lassen. Hierbei kommt ein leichter Unterschied von der wahren *solutio* vor [47]), denn zu sagen: ich

47) Außer den im Verlauf dieser Erörterung vorgekommenen Unterschieden der solutio und compensatio lassen sich leicht noch mehrere aufrechnen, so wird eine noch nicht fällige Forderung durch Zahlung getilgt, wogegen dieselbe durch eine fällige oder nicht fällige Forderung als getilgt angesehen werden kann; so bei der Correalobligation wird der eine reus durch das Zusammentreffen mit einer Gegenforderung in der Person des andern

habe noch mehr bezahlt, das soll aber gar nicht in diesen Rechtsstreit gehören, würde sinnlos seyn. Wie denn nun aber in unserm Fall? Ultra petitum kann der Richter nicht erkennen. Ob aber damit die Gegenforderung, und wie weit getilgt sey, darüber würde im Urtheil gar nicht zu sprechen seyn, das gehörte erst in einen neuen Rechtsstreit, worin darüber endlich zu entscheiden seyn würde, nicht wie weit der Kläger dort, durch seinen Abzug die Gegenforderung getilgt hätte, sondern wie weit sich die beiden Forderungen im Augenblick gegenseitiger Fälligkeit deckten. Hätte er hiernach zu viel eingeklagt, so müßte er das zu wenig Abgezogene mit den Zinsen zurückgeben. Vorerst würde dieß aber nicht beachtet.

Ein andrer Fall wäre: der, welcher die geringeren Zinsen schuldig war, klagte diese mit dem Capital ein, und bemerkte es aus Irrthum nicht, daß er dem Andern eben so viel mit größeren Zinsen schuldigte. Der Beklagte schwieg auch klüglich von der Compensation und wurde schuldig erkannt. Jetzt klagt er sein Capital mit den größern Zinsen ein. Hier muß allerdings auf das Capital erkannt werden, auf die Zinsen aber, des materiellen ipso jure und der oben sub B. angeführten Gesetze wegen, nur so weit als sie nicht über die im vorigen Proceß eingeklagten Zinsen hinausgehn, oder die Capitale selbst sich nicht deckten, was nur in unserm Fall vollständig angenommen wurde. Wie wenn jener es aber wissentlich that? Es wird alles darauf ankommen, ob er es donandi animo that.

Noch kann die Frage aufgeworfen werden, ob denn nicht

nicht befreit, ungeachtet ihn jede Zahlung des correus, selbst novatio, die doch auch nur loco solutionis ist, und eben so durch acceptilatio befreit, L. 10. D. de duob. reis. L. 31. §. 1. D. de novat. L. 16. pr. D. de acceptil. Sodann passen begreiflicher Weise die Privilegia, die der Fiscus hinsichtlich der Einrede der Compensation hat, nicht auf die Einrede der Zahlung u. s. w.

das materielle ipso jure aller Compensation auch beim *depositum* Statt findet. Es kommt darauf an, wie der Fall zu stellen sey, damit dieses eine Bedeutung gewinne. Wie wäre es bei einem depositum irregulare?

4) Zugelassen muß die Compensation in jedem Proceß werden, nur niemals dann, wenn dies in concreto zu unbilligen Zögerungen und Weiterungen führen würde. Von solcher Unbilligkeit, hat Justinian in L. ult. nur *ein* recht hervorstechendes Beispiel anführen wollen, ohne damit eine conditio sine qua non für das Erforderniß der Liquidität aufstellen zu wollen. Wann nun aber eine solche Unbilligkeit vorhanden sey, und wann nicht, das läßt sich nicht in alles erschöpfenden Sätzen aussprechen, so daß der Richter nur in jedem Falle nachzusehen hätte, ob die angegebenen Merkmale grade einträfen oder nicht, es muß hier Vieles dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen bleiben, der sich aber durch die oben dargestellten, aus der Natur des im positiven Recht nun vollaus und ohne Hinderniß formeller Gründe anerkannten Instituts, leiten; in wahrem Zweifel aber, nach Justinians ausdrücklicher Vorschrift, eher zu strenge als zu gelinde gegen den Einwurf der Compensation in diesem Betracht seyn muß. Das arbitrium judicis ist hier auch ungefährlich, da dieß nur auf den dermaligen Proceß wirkt, das materielle ipso jure davon ganz unabhängig bleibt, und dafür, daß dieses dereinst vollständig realisirt werden könne, nach Unterschied der Fälle gesorgt werden muß.

Für die Billigkeit der Zulassung, und gegen die Annahme einer unbilligen Zögerung, muß es noch immer vorzüglich sprechen, wenn par causa ist, oder doch beiden Forderungen ein obligatorisches Verhältniß zum Grunde liegt, was auf endliche Liquidation und Auseinandersetzung von Anfang an berechnet war. Daß Justinian in L. ult. dieß nicht in dem rechten Sinne besonders herausgehoben hat,

ändert in der Sache nichts, er hat allgemein Verzögerungen, aber nur unbillige verbieten wollen, und war dabei in seinem besondern Fall der Unbilligkeit wie gefangen mit seinen Gedanken. Es möchte aber noch hinzuzufügen seyn, daß jenen Fällen der Fall sehr nahe kommt, wo zwar weder par causa noch ein solches eigentliches obligatorisches Aufrechnungsverhältniß vorliegt, aber doch beide Forderungen aus factischen oder rechtlichen Gründen so nicht hätten entstehen können, wenn nicht irgend eine Gemeinschaft, irgend eine nähere Verbindung, etwa ein Familienverhältniß, eine Ehe z. B. Statt gefunden hätte; so wird z. B. in L. 6. C. h. t. [48]) die Forderung des Mannes auf eine aestimatio der res a muliere amotae oder eine von ihr entwandte Geldsumme gegen die Dotalklage derselben zur Compensation gebracht, und am Schluß darauf aufmerksam gemacht, daß hier ein vorzüglicher Grund der Billigkeit vorhanden sey, die Compensation zuzulassen.

Daß es nun dennoch in solchen Fällen im Einzelnen möglich ist, daß die zugelassene Compensation unbilligen Aufschub mit sich führen würde, daß dann aber vom Richter Sicherheitsbestellung aufzulegen sehe, ist oben schon erwähnt worden. Wir fügen nur noch hinzu, daß dieß dem Richter in keinem Falle verwehrt seyn darf, wo aus der Person des Klägers oder sonst aus den Umständen besondre Schwierigkeit und Gefahr für den Beklagten sich ergibt, seine Gegenforderung weiter zu verfolgen in einem besondern Rechtsstreit, vorausgesetzt, daß dem Kläger die Sicherheitsbestellung nicht wieder unbillig schwer fällt, und der Einwurf des Beklagten nicht den Verdacht der Chicane mit sich führt. Alles dieses sind Billigkeitsrücksichten, die in diesem

48) „— — Non — prius exolvi, quod debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit; *eo magis*, quod ea te persequi dicis, quae a muliere divortii causa amota quereris."

aus Billigkeit hervorgegangenen Institut selbst gegründet sind.

Da nun also die Justinianische Gesetzgebung die Sache so gelassen, wie sie vernünftig war, und von den classischen Juristen, abgesehen von dem Hinderniß der Formeln, immer behandelt worden war, wir also nun von den verkehrten und unpractischen Verordnungen, welche man ihr aus Mißverständniß, bald so bald anders, untergeschoben hat, befreit sind, so bleibt uns nur noch die Frage zu beantworten übrig:

Hat denn unser Proceß hierin nichts verändert?

Ich glaube, nichts im Wesentlichen, nur erscheint dieses Wesen darin etwas anders modificirt. Wenn in den Reichsgesetzen (z. B. J. R. A. §. 48.) gesagt wird, nachdem der Kläger bewiesen habe, so solle nun der Beklagte mit seinen Beweisen an die Reihe treten, so, dünkt mich, ist damit gar nicht ausgeschlossen, daß irgend eine bestimmte Einrede desselben ihrer besondern Natur nach eben deshalb ganz könne zurück gewiesen werden, weil sich voraussehen lasse, ihr Beweis werde die Sache unbillig in die Länge ziehen.

Daß nach dem J. R. A. §. 37. alle Einreden bei der Litiscontestation, bei Strafe der Präclusion auf einmal vorgebracht werden müssen, modificirt nur die Sache in etwas. Daß man die Natur der Compensation, welche das römische Recht so bestimmt anerkannt hatte, durch eine solche im Allgemeinen gehaltene Vorschrift auch nur per subsequens habe umschaffen wollen, ist unglaublich. Wer nun aber dieser Natur irgend getreu bleiben will, der muß, wenn er auch sonst alle privilegirten Einreden verwirft, doch die Compensation noch nach der Litiscontestation, im heutigen Sinne des Worts, zulassen, sobald sie nur gänzlich liquid ist. Zwar als Einrede gegen die Klage ist sie nicht mehr zuzulassen, wohl aber loco solutionis.

Ist schon ein rechtskäftiges Erkenntniß vorhanden, wel-

ches den Beklagten schuldig erkannte, so kann man sich nun nicht mehr auf Zahlung, die vor der res judicata geschehen seyn soll, berufen, ohne Zweifel aber auf eine Zahlung, die nach der res judicata geschehen ist; damit wird ja nur gesagt, ich habe die Auflage des Urtheils erfüllt. Die Compensation, nach dem was oben gesagt worden, kann nie in dem Sinn ipso jure geschehen, daß der Beklagte nicht befugt seyn sollte, sie zu umgehen, und erst einmal zu bezahlen, was er schuldig ist, und dann seine Forderung für sich zu verfolgen. Auf eben die Art darf er nicht gradezu genöthigt werden, der Klage, die er für an sich unzulässig hält, indem er gar nicht meint, er sey schuldig, die Compensation in eventum entgegenzusetzen, er kann erst den Streit über seine Schuld rein durchführen, und über dieselbe erst durch ein Urtheil vergewissert seyn wollen, das kann seine Forderung nicht verletzen oder verkümmern. Nun so vergewissert kann er zwar zahlen, indem er das ihm Aufgelegte schlechthin prästirt; aber er muß auch nach aller Billigkeit damit prästiren können (das ist ja nicht aliud pro alio), daß er sich bereit zeigt, seine Forderung, so weit sie decken kann, dagegen aufzugeben, das muß allemal pro solutione seyn, sobald gleich auf der Stelle klar ist, daß eine solche Forderung existire. Hier hat die Zulassung der Compensation noch im Executionstermin offenbar einen ganz andern Sinn, als bei andern Einreden. Damit harmonirt vortrefflich der Ausspruch von Antonin in L. 2. C. h. t., wie er da ausgedrückt ist:

»Eum vero, qui judicati convenitur, *compensationem* pecuniae sibi debitae *implorare* posse, nemini dubium est.

Wie ist es nun aber vor dem Urtheil, aber nach der Litiscontestation? Ist die Gegenforderung erst inzwischen entstanden, z. B. der Beklagte hat sie erst von einem Dritten geerbt, so kann es keinen Zweifel leiden, daß er damit gehört werden muß. Außer dem aber kann nach der Regel

des Reichsabschieds die Compensation nicht als eventuelle Einrede mehr vorgeschützt werden; aber will der Beklagte den Klaggrund zugestehen, und nun vermöge seines Zugeständnisses den Kläger durch Compensation befriedigen, so ist dies wieder loco solutionis, sobald die Gegenforderung unzweifelhaft ist, und so muß denn auch Compensation mit allen ihren Folgen rückwärts und in die Zukunft allerdings zugelassen werden.

X.

Ueber theilweise Eviction, insbesondere zur Erklärung der L. 64. §. ult. D. de evict.

Von Herrn Dr. L. F. Neustetel, Obergerichtsanwalte zu Hanau.

Gewiß zu den merkwürdigsten Ueberbleibseln juristischer Herrlichkeit der Römer gehört l. 64. D. de evict., aus Papinians Quästionen entnommen, und ein Zeugniß mehr liefernd für die Meisterschaft ihres Verfassers. Wichtig ist diese Stelle nicht bloß des materiellen Inhalts wegen, indem sie über das feinste Detail der Lehre von der Eviction der Theile Licht verbreitet; sondern vornehmlich auch, einige Dunkelheit des Ausdrucks abgerechnet, in formaler Hinsicht, weil sie das seltene Beispiel einer nach allen ihren Dimensionen hin mit Umsicht und Consequenz durchgeführten Rechtsfrage darbietet. Selten ist diese Weise der Darstellung selbst in den Digesten, sey es, daß die Compilatoren weniger den Zusammenhang des Einzelnen, als die Vollständigkeit des Ganzen beachtend, allzu rücksichtslos mit den zum Material dienenden Schriften verfahren haben, oder daß deren Verfasser selbst die exponirende Behandlungsweise überhaupt